
Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung im schweizerischen Urheberrecht

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Beat Reinhart
von Winterthur

genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. Manfred Rehbinder

1985



Stämpfli & Cie AG, Graphisches Unternehmen, Bern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507212_0012

Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung im schweizerischen Urheberrecht

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Beat Reinhart
von Winterthur

genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. Manfred Rehbinder

1985



Stämpfli & Cie AG, Graphisches Unternehmen, Bern

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 5. Dezember 1984

Der Dekan:

Prof. Dr. Kurt Bauknecht

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 13 der Reihe

Schriften zum Medienrecht SM

begründet und herausgegeben von Professor Dr. Manfred Rehbinder (Zürich) und PD Dr. Wolfgang Larese (Zürich).

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	VII
§ 1 Einleitung	1
1. Zur Phänomenologie der Benutzung	1
2. Benutzungsphänomene	4
3. Die Aufgabe der Rechtsordnung	8
4. Wert und Bedeutung der Benutzungen für das Kulturleben	11
5. Zusammenfassung	14
§ 2 Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung aus rechtsvergleichender Sicht	15
1. Die Benutzung im schweizerischen Recht	15
1.1. Die Regelung im geltenden Recht	15
1.1.1. Die Situation im Gesetz	15
1.1.1.1. Gesetzliche Normierung der Benutzung	15
1.1.1.2. Exkurs: Der Begriff des Plagiats	24
1.1.1.3. Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung im Gesetzeswortlaut	26
1.1.2. Die Abgrenzung in der Rechtsprechung	28
1.1.3. Die Abgrenzung in der Lehre	30
1.2. Die Abgrenzung im zukünftigen Recht	34
2. Die Abgrenzung in der RBUE und im WUA	36
2.1. Die Behandlung der Benutzungen in der RBUE	36
2.1.1. Charakteristika der RBUE	36
2.1.2. Normierung der Benutzung	39
2.1.2.1. Die Brüsseler Fassung	39
2.1.2.2. Die Fassungen von Stockholm und Paris	40
2.2. Die Behandlung der Benutzungen im WUA	41

3. Die Abgrenzung im Recht der BRD	43
3.1. Die gesetzliche Regelung	43
3.1.1. LUG und KUG	43
3.1.2. URG/BRD	46
3.2. Die Abgrenzung in der Rechtsprechung	50
3.3. Die Abgrenzung in der Lehre	54
4. Die Benutzung im Recht der USA	55
4.1. Vorbemerkung	55
4.2. Grundsätze der Werkherrschaft	56
4.3. Das Institut des "fair use"	58
4.4. Zusammenfassung	61
 § 3 Die Grundlagen der Abgrenzung von freier und und unfreier Benutzung	 62
1. Einleitung	62
2. Die Bedeutung des Werkbegriffs	63
2.1. Der Werkbegriff des Gesetzes	63
2.2. Das Werk als Immaterialgut	67
2.3. Das Werkschaffen als Formgebung	69
2.4. Der individuelle Charakter des Werkes	73
2.5. Ergebnis	77
3. Benutzungsformen und Schutzausnahmen	79
3.1. Die Sicht des Originalurhebers	79
3.2. Die Sicht des Benutzers	81
4. Die Interessensphäre	82
4.1. Einleitende Bemerkungen	82
4.2. Die Interessenposition des Originalurhebers	84
4.3. Die Interessenposition des Benutzers	85
4.4. Die Interessenposition der Allgemeinheit	85
4.5. Die Interessenposition der Kulturwirtschaft	87
4.6. Die Bewertung der Interessenpositionen	87

§ 4 Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung aus theoretischer Sicht	89
1. Vorbemerkung	89
2. Die Methode	91
3. Das Kriterium	96
3.1. Die Auslegung der einschlägigen Normen	96
3.2. Das Verblassen	99
3.3. Das massgebende Fachwissen	105
4. Das Kriterium nach dem Vorentwurf	108
5. Zusammenfassung	112
§ 5 Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung im Werkschaffen	113
1. Vorbemerkung	113
2. Die Abgrenzung von verwandten Phänomenen	114
2.1. Die Sammlung	114
2.1.1. Die Abgrenzung der Benutzung von der Sammlung	114
2.1.2. Die Benutzung der Sammlung	116
2.2. Das Zitat	117
2.3. Die Leistung des ausübenden Künstlers	119
3. Die Grenzbestimmung bei allgemeinen Benutzungstypen	120
3.1. Die Parodie	120
3.2. Die Transformation	124
3.3. Fortsetzungen, Serien, Zyklen	126
3.3.1. Die Fortsetzung eines Werkes	126
3.3.1.1. Zum Begriff	126
3.3.1.2. Charakteristikum der Benutzung	127
3.3.1.3. Kriterium der freien Benutzung	128
3.3.2. Das Serienwerk	130
3.3.3. Werkzyklen	132
3.4. Die Benutzung von Titeln	133
3.5. Die Benutzung einer Benutzung	134

4. Die Grenzbestimmung im literarischen Schaffen	136
4.1. Vorbemerkung	136
4.2. Benutzungen von Sprachwerken (ohne Benutzung wissenschaftlicher Werke und Verfilmung)	137
4.2.1. Allgemeines	137
4.2.2. Die Uebersetzung	139
4.2.3. Die Dramatisierung und ihr verwandte Phänomene	143
4.2.4. Die Bühnenbearbeitung	146
4.2.5. Zusammenfassungen und Werkbeschreibungen	147
4.3. Benutzungen wissenschaftlicher Werke	149
4.3.1. Zum Begriff des wissenschaftlichen Werkes	149
4.3.2. Charakteristika der freien Benutzung	152
4.3.3. Beispiel aus der Praxis	153
4.3.4. Die Benutzung einer editio princeps	154
4.4. Benutzungen von choreographischen Werken und Pantomimen	155
4.5. Benutzungen im Bereich des Filmschaffens	157
4.5.1. Der Begriff des Filmwerkes	157
4.5.2. Die Verfilmung	158
4.5.2.1. Die Verfilmung eines literarischen Stoffes	158
4.5.2.2. Verfilmungen nicht-literarischer Werke	160
4.5.3. Die Benutzung eines Filmwerkes	161
5. Die Grenzbestimmung im musikalischen Schaffen	163
5.1. Das musikalische Werk	163
5.2. Das Kriterium freier Benutzung	165
5.3. Beispiele freier und unfreier Benutzungen	169
6. Die Grenzbestimmung in der "Kunst"	174
6.1. Die Werke der "Kunst"	174
6.2. Der Bereich der bildenden Kunst	175
6.2.1. In der Benutzungsfrage relevante Besonderheiten	175
6.2.2. Werk, Werkexemplar und Benutzung	177
6.2.3. Benutzungsformen im Bereich der bildenden Kunst	178

6.3. Der Bereich der anderen Kunstformen	179
6.3.1. Benutzungen im Bereich der Fotografie	179
6.3.2. Die Benutzung architektonischer Werke	182
6.3.3. Die Benutzung von Werken der angewandten Kunst	183
§ 6 Ergebnisse	185

Abkürzungsverzeichnis

BB1.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
CA	Copyright Act der Vereinigten Staaten von Amerika vom 19.10.1976
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Internationaler Teil
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9.1.1907
LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19.6.1901
MMG	Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30.3.1900
MSchG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken ... vom 26.9.1890
PatG	Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 25.6.1954
RBUE	Revidierte Berner Uebereinkunft zum Schutze der Werke der Literatur und Kunst (ohne weitere Anga- be: Brüsseler Fassung vom 26.6.1948)
RBUE/PF	RBUE in der Pariser Fassung vom 24.7.1971
RBUE/StF	RBUE in der Stockholmer Fassung vom 14.7.1967
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
URG/BRD	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutz- rechte (der BRD) vom 9.9.1965
VEURG	Vorentwurf zum Urheberrechtsgesetz (ohne weitere Angabe: Vorentwurf der Expertenkom- mission II für ein Bundesgesetz betreffend das Ur- heberrecht vom 1.5.1974)
VEURG I	Vorentwurf der Expertenkommission (I) für ein Bun- desgesetz betreffend das Urheberrecht vom 21.5.1971
WUA	Welturheberrechtsabkommen (ohne weitere Angabe: Originalfassung von Genf vom 6.9.1952)

Literaturverzeichnis

Die Werke werden in dieser Arbeit nur mit dem Verfassernamen und je nach Bedürfnis mit Seiten- oder Notenzahl zitiert. Mehrere Werke desselben Autors werden durch ein Merkwort besonders gekennzeichnet.

Allemann Richard Begründung und Uebertragung von Rechten an Werken der Literatur und Kunst, Diss. Zürich 1953

Allfeld Philipp Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, Kommentar, 2. Aufl., München 1928

Arquint Caspar Der Schutz des Slogans, Basel 1958

Bappert Walter / Wagner Egon Internationales Urheberrecht, Kommentar, München und Berlin 1956

Baumann Karl Das Urheberrecht an der Melodie und ihre freie Benutzung, Diss. Zürich 1940

del Bianco Eric Le droit d'auteur et ses limites, Diss. Lausanne 1951

Bohr Kurt Fragen der Abgrenzung und inhaltlichen Bestimmung der Filmurheberschaft, in UFITA Bd. 78 (1977), S. 95 - 160

Bommeli Ernst Das Uebersetzungsrecht im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1942

Brem Ernst Uebersetzungsrecht und Recht des Uebersetzers, in FS 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 209 - 222

Brugger Gustav Der Begriff der Bearbeitung und Verfilmung im neuen Urheberrechtsgesetz, in UFITA Bd. 51 (1968), S. 89 - 125

Brün Paul Das Urheberrecht am musikalischen Motiv, Diss. Heidelberg 1913

Bussmann / Pietzcker / Kleine Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl., Berlin 1962

Cahn-Speyer Rudolf Zur Grenzbestimmung des Urheberrechts, in GRUR 35. Jg. (1930), S. 755 - 779

- Chaves Antonio Le plagiat, in Le Droit d'Auteur, 94. Jg.
(1981), S. 260 - 269
- Christen Felix Die Werkintegrität im schweizerischen Urheberrecht, Bern 1982
- Corrodi Rolf Der Schutz des Bühnenwerkes gegen Entstehung durch die Aufführung, Diss. Zürich 1935
- Desbois Henri Le Droit d'Auteur en France, 3. Aufl., Paris 1978
- Dietz Adolf Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1978
- Dünwald Rolf Regie -- Interpretation, Bearbeitung oder Werk? in Film und Recht, 1976, S. 804 - 816
- Elster Alexander "Freie Benutzung" oder "Bearbeitung" zwischen Schriftwerk und Kinodrama, in GRUR 17. Jg. (1912), S. 363 - 368
- von Foerster Peter Das Urheberrecht des Theaterregisseurs, Berlin 1973
- Frank Richard Die Entwicklung der Rechtsprechung zum URG, in FS 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 109 - 121
- Fromm Friedrich Karl / Nordemann Wilhelm Urheberrecht, Kommentar, 5. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1983
- von Gamm Otto-Friedrich Freiherr Urheberrechtsgesetz, Kommentar, München 1968
- Gerst Artur Der Gegenstand des musikalischen Urheberrechts und das Recht der Melodie als Recht des Urhebers, Diss. Erlangen 1912
- Gerstenberg Ekkehard Die Urheberrechte an Werken der Kunst, der Architektur und der Photographie, München 1968
- Girth Peter Individualität und Zufall im Urheberrecht, Berlin 1974
- Goldbaum Wenzel Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl., Berlin 1927

- Gsell Carl Der Schutz der Titel von Geisteswerken, Diss.
Zürich 1930
- Hefti Ernst Die Parodie im Urheberrecht, Berlin 1977
- Heim Elmar Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht
de lege lata und de lege ferenda, Diss. Frei-
burg/i.Ue. 1971
- Hein Hellmuth-Gunther Das Plagiat in der Tonkunst, Diss.
Köln 1937
- Heuberger Hanns Das Urheberrecht an Werken der Tonkunst
nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1929
- Hirsch Ballin E.D. D'Après-Werke, in FS für Georg Roeber,
Berlin 1973, S. 191 - 202
- Holzherr Werner Der Tonfilm in seinen Beziehungen zum
Urheberrecht, Diss. Bern 1934
- Hubmann Heinrich Urheber- und Verlagsrecht, 5. Aufl.,
München 1984
- Johnston Donald F. Copyright Handbook, 2. Aufl., New
York/London 1982
- Joseph Otto / Schwanhäusser Hermann Das Recht auf Fortset-
zung, in GRUR 64. Jg. (1962), S. 444 - 449
- Keckeis Peter Entwicklung und Verhältnis des Ueberset-
zungsrechtes zum Urheberrecht in der Schweiz, Diss.
Basel 1947
- Knap Karel Urheberrechtliche Fragen auf dem Gebiet der
elektronischen Musik, in FS für Georg Roeber, Ber-
lin 1973, S. 267 - 296
- Knapp Peter Die Bearbeitung im musikalischen Urheber-
recht, Diss. Basel 1968
- Kummer Max Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern
1968 (zit.: Werk)
- Kummer Max Der Werkbegriff und das Urheberrecht als sub-
jektives Privatrecht, in FS 100 Jahre URG, Bern
1983, S. 123 - 144 (zit.: subjektives Privatrecht)

- Kuner Wolfdieter Gemeinschaft und Abhängigkeit im Urheberrecht, Diss. Freiburg/i.Br. 1956
- Larese Wolfgang Urheberrecht in einem sich wandelnden Kulturbetrieb, Bern 1979
- Leinveber Gerhard Rechtsprobleme um das sog. "grosse und kleine Zitat" zu wissenschaftlichen Zwecken, in GRUR 68. Jg. (1966), S. 479 - 482
- Löffler Martin / Glaser Hans Grenzen der Zitierfreiheit, in GRUR 60. Jg. (1958), S. 477 - 480
- Lutz Martin J. Die Schranken des Urheberrechts nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1964 (zit.: Schranken)
- Lutz Martin J. Der Schutzzumfang des Urheberrechts, in FS 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 173 - 186 (zit.: Schutzzumfang)
- Marx Paul Begriff des Plagiats, in GRUR 22. Jg. (1917) S. 179 - 189
- Maus Wilhelm Das Uebersetzungsrecht der wichtigsten Staaten der Berner Uebereinkunft, Stuttgart 1930
- Merten Joseph Wilhelm Der Urheberrechtsschutz des Herausgebers historischer Texte, Diss. Zürich 1947
- Meyer Armin Die Regelung des Uebersetzungsrechts in nationalen Gesetzen und in internationalen Staatsverträgen, Diss. Zürich 1956
- Meyer H. Jakob Das Urheberrecht an den Werken der Malerei, Diss. Zürich 1922
- Meyer Wilfried Der Schutz gegen Aenderung und Entstellung von Werken der bildenden Kunst, Diss. Zürich 1936
- Möhring Philipp / Nicolini Käte Urheberrechtsgesetz, Kommentar, Berlin 1970
- Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert Quellen des Urheberrechts, Frankfurt/a.M., mit periodischen Lieferungen
- Movsessian V. / Seifert F. Einführung in das Urheberrecht der Musik, Wilhelmshaven 1982

- Muttenger René Die Beschränkungen des Urheberrechts zugunsten von Kunst und Wissenschaft, in FS 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 337 - 351
- Nater Bruno Der künstlerische Leistungsschutz, Diss. Zürich 1977
- Nehmiz Marieluise Geistige Schöpfung und Tonfilmproblem, Diss. Zürich 1935
- Nimmer Melville B. Copyright, 2. Aufl., St.Paul/Minn. 1979
- Nordemann Wilhelm / Roeber Georg (Hg.) Das neue U.S.Copyright Law, Berlin 1978
- Nordemann Wilhelm / Vinck Kai / Hertin Paul W. Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht der deutschsprachigen Länder unter Berücksichtigung auch der Staaten der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, Düsseldorf 1977
- Pauli Fritz Das Recht an der Melodie und ihre freie Benutzung, Diss. Köln 1929
- Peter Robert Freie Benutzung und abhängige Nachschöpfung im musikalischen Urheberrecht, Diss. München 1959
- Plüss Harald Die freien Werknutzungen im Urheberrecht der Schweiz und Deutschlands, Diss. Bern 1943
- Rau Gerhard Antikunst und Urheberrecht, Berlin 1978
- Rehbinder Manfred Die Beschränkungen des Urheberrechts zugunsten der Allgemeinheit, in FS 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 353 - 375
- Reinhart Beat Die Einordnung der Bearbeitung ins schweizerische Urheberrecht, in FS 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 223 - 238
- Riedel Hermann Originalmusik und Musikbearbeitung, Berlin 1971
- Riklin Franz Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht und seine Stellung im Rahmen der zentralen Wahrnehmung urheberrechtlicher Befugnisse sowie der Kunstförderung, Freiburg/i.Ue. 1978

- Rintelen Max Urheberrecht und Urhebervertragsrecht nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht, Wien 1958
- Rothmund Wilhelm Die freie Rechtssphäre im Urheberrecht, Diss. Bern 1939
- Runge Kurt Urheber- und Verlagsrecht, Bonn/Hannover/Stuttgart 1948/49/53
- Rutgers Hans Der urheberrechtliche Schutz von Reklamekündgebungen, Diss. Zürich 1933
- Samson Benvenuto Urheberrecht, Pullach bei München 1973
- Schelbert Gustav Der Gegenstand des Urheberrechts, Diss. Zürich 1914
- Schenk Ueli Der urheberrechtliche Werkbegriff unter besonderer Berücksichtigung der Probleme der "Neuen Musik", Diss. Freiburg/i.Ue. 1977
- Scheupl Siegmund Die ausschliesslichen Befugnisse des Urhebers hinsichtlich der Bearbeitung seines Werkes, Diss. Erlangen 1917
- Schmieder Hans-Heinrich Freiheit der Kunst und freie Benutzung urheberrechtlich geschützter Werke, in UFITA Bd. 93 (1982), S. 63 - 71 (zit.: Freiheit)
- Schmieder Hans-Heinrich Der Wettbewerbsgedanke im Urheberrecht, dargestellt an Fragen der Werkfortsetzung, des Selbstplagiats und der Parodie, in FS für Benvenuto Samson zum 90. Geburtstag, Berlin 1978, Teil II: S. 127 - 141 (zit.: Wettbewerb)
- Schramm Carl Die schöpferische Leistung, Berlin/Köln (ohne Jahresangabe) (zit.: Leistung)
- Schramm Carl Urheber- und wettbewerbsrechtliche Schutzfähigkeit von Puppen und Tierfiguren, in UFITA Bd. 77 (1976), S. 113 - 140 (zit.: Puppen)
- Schulze Erich Urheberrecht in der Musik, 5. Aufl., Berlin/New York 1981 (zit.: Musik)
- Schulze Erich Rechtsprechung zum Urheberrecht, Entscheidungssammlung mit Anmerkungen, München mit periodischen Ergänzungslieferungen (zit.: ohne Merkwort)

- Sciaroni Elena Das Zitaterecht, Diss Freiburg/i.Ue. 1970
- Seltzer Leon E. Exemptions and fair use in copyright, Cambridge/Mass. und London/GB 1978
- Sidler Peter Der Schutz von Computerprogrammen im Urheber- und Wettbewerbsrecht, Diss. Bern 1968
- Siegwart Henry Der urheberrechtliche Schutz wissenschaftlicher Werke, Diss. Bern 1954
- Spindler Hartmut Das neue amerikanische Urheberrechtsgesetz, in GRUR Int. 79. Jg. (1977), S. 421 - 433
- Staehle Hansjörg Plagiat bei Verwendung eines literarischen Stoffes für Filmwerke, in GRUR 77. Jg. (1975) S. 541 - 547
- Steiger-Herms Gudrun Der Leistungsschutz des Schauspielers, Diss. Zürich 1981 (zit.: Leistungsschutz)
- Steiger-Herms Gudrun Zum Urheberrecht an Bühnenwerken, in FS 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 289 - 305 (zit.: Bühnenwerk)
- Streicher Otto Grundfragen des Urheberrechts am Filmwerk, Diss. Zürich 1950
- Strömholm Stig Zur Problematik der Fortsetzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes, in GRUR 70. Jg. (1968), S. 187 - 193
- Sutermeister Peter Das Urheberrecht am Film, Basel 1955
- Thoms Frank Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, München 1980
- Traub Fritz Umformung in einen anderen Werkstoff oder eine andere Dimension, in FS für Benvenuto Samson zum 90. Geburtstag, Berlin 1978, Teil II: S. 159 - 171
- Troller Alois Brennpunkte der schweizerischen Urheberrechts-Revision, in: Referate und Mitteilungen des schweizerischen Juristenvereins, 97. Jg., Basel 1963, S. 1ff. (zit.: Brennpunkte)

- Troller Alois Probleme des urheberrechtlichen Schutzes von Werken der Baukunst, SIA-Dokumentation 45, Zürich 1980 (zit.: Baukunst)
- Troller Alois Immaterialgüterrecht, Bd. I: 3. Aufl., Basel/Frankfurt/a.M. 1983, Bd. II: 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1971 (zit.: Immaterialgüterrecht I oder II)
- Troller Alois / Troller Patrick Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, 2. Aufl., Basel/Frankfurt/a.M. 1981
- Troller Patrick Literatur und Urheberrecht, in FS 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 239 - 249
- Ulmer Eugen Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1980
- Ulmer Eugen / Kolle Gert Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1982, S. 489 - 500
- Vischer Frank Neue Tendenzen in der Kunst und das Urheberrecht, in FS Max Kummer, Bern 1980, S. 277 - 289 (zit.: Tendenzen)
- Vischer Frank Urheberrecht und bildende Kunst, in FS 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 251 - 263 (zit. ohne Merkwort)
- Weber Hans Bearbeitung und Urheberrecht, insbesondere die Bühnenbearbeitung, Diss. Zürich 1935
- Weiss Rudolf Theodor Das Urheberrecht an dramatisch-musikalischen Werken, Diss. Bern 1933
- Weisstanner Margot Urheberrechtliche Probleme Neuer Musik, München 1974
- von Westerholt-Weisstanner Margot Das neue amerikanische Urheberrecht -- ein Ueberblick über die wichtigsten Bestimmungen, in: Das neue U.S. Copyright Law, Hg. Nordemann/Roeber, Berlin 1978, S. 5 - 35
- Wittmer Hans Rudolf Der Schutz von Computersoftware -- Urheberrecht oder Sonderrecht?, Bern 1981

Wipf Rudolf Die Stellung des Filmregisseurs im Urheberrecht, Diss. Zürich 1965

Wolpert Fritz Der Schutz der Melodie im neuen Urheberrechtsgesetz, in UFITA Bd. 50 (1967), S. 769 - 835

Zschokke Andres Der Werkbegriff im Urheberrecht, Diss. Bern 1964

§ 1 Einleitung

1. Zur Phänomenologie der Benutzung

Mit dem Urheberrecht im objektiven Sinne soll das künstlerische Schaffen geschützt und damit auch gefördert werden¹. Dieses Ziel wird traditionellerweise dadurch erreicht, dass dem Urheber ein Herrschaftsrecht am Produkt seines Schaffens, dem Werk der Literatur und Kunst, eingeräumt wird². Aufgrund dieses Rechts kann er unerlaubte Nutzungen verbieten, und er hat die Möglichkeit, einer im Wege der Werkverwendung stattfindenden Verletzung seiner Urheberpersönlichkeit entgegenzutreten oder sich dafür Genugtuung zu verschaffen.

Nun erweist es sich aber als äusserst schwierig, das Objekt des Urheberrechts klar zu definieren. Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass das Werk zwar von der körperhaften Welt getragen³ und in ihr wahrnehmbar wird, jedoch als urheberrechtlich relevantes Objekt per definitionem ein geistiges Gebilde ist. Wegen dieses geistigen Charakters ist einmal bei vielen Erscheinungen zweifelhaft, ob sie überhaupt dem Werkbegriff des Gesetzes subsumiert werden können. So ist es beispielsweise bei zahlreichen Tongebil-

1. Vgl. statt vieler: Rintelen, S. 1, oder Weber, S. 39f.

2. Larese, S. 81.

3. Dafür kommen das menschliche Gedächtnis und Werkexemplare in Betracht.

Zum Unterschied von Werk und Werkexemplar siehe Ulmer, S. 12ff., oder Allemann, S. 33ff.

den, Skulpturen oder sprachlichen Aeusserungen fraglich, ob sie Werke im Sinne des Urheberrechts sind.

Weitere Schwierigkeiten im Umgang mit dem Werkbegriff ergeben sich durch das Phänomen der Benutzung (der Werkwiedergabe in veränderter Form). Wie noch zu zeigen sein wird⁴, kann sich nämlich der urheberrechtliche Schutz im Falle von Benutzungen nicht auf das Original als Ganzes beziehen, sondern nur auf dessen Elemente mit individuellem Charakter. Dieser Umstand zwingt zu einer näheren Inhaltsbestimmung des Werkes, was aber, gerade wegen seines geistigen Charakters, zu schwer lösbaren Definitionsproblemen führt. Um in diesen Fragen eine Orientierung zu gewinnen, ist hier einleitend auf die Wesenszüge der Benutzung einzugehen.

Das Phänomen der Benutzung von Werken der Literatur und Kunst ist aus einer der Grundtatsachen dieses Rechtsgebietes zu erklären: Ein Werk als geistiges Gebilde kann in vollständiger Identität zugleich an mehreren Orten existieren⁵. Eine notwendige -- wenn auch nicht hinreichende -- Bedingung für diese Seinsart ist der Umstand, dass sich ein Werk wiedergeben lässt, ohne dadurch in irgend einer Art verändert, abgenutzt oder verbraucht zu werden. Auf diese Weise kann es vervielfältigt werden, indem es immer wieder neu der Materie als ihrem Träger auferlegt wird, sei dies nun im Gedächtnis verschiedener Menschen oder in mehreren Werkexemplaren. So haben Tausende von Schulkindern ein bestimmtes Gedicht auswendig zu lernen oder ein Schlager wird in Millionenaufgabe auf Tonträger gebracht, ohne dass sich das Werk abnützt. Für das Verständnis der Benutzung ist die

4. Siehe insbesondere § 3 Kap. 1.

5. Troller (Immaterialgüterrecht I, S. 55ff.) spricht von der "potentiellen Ubiquität" der geistigen Güter als ihrem "Freisein von Zeit und Ort". Siehe auch Troller/Troller, S. 11.

Tatsache entscheidend, dass sich die Werke der Literatur und Kunst bei dieser Wiedergabe zugleich umformen lassen. Auch bei diesem Vorgang bleibt das Originalwerk unberührt; das Ergebnis ist ein neues Werk, das sich eigenständig neben jenes stellt, von dem der Prozess ausging. Wird beispielsweise ein Roman übersetzt, so besteht die genau gleiche literarische Aussage in zwei nahe beieinanderliegenden Formen⁶; beide Werke existieren jedes für sich und sind innerlich miteinander verwandt. Es zeigt sich also, dass das zur Definition der Benutzung entscheidende Element in der umgestalteten Wiedergabe eines vorbestehenden Werkes liegt.

Zum Zwecke einer Definition der Benutzung ist hier noch darauf hinzuweisen, dass sich das künstlerische Schaffen in völlig verschiedenartiger Auseinandersetzung mit der Materie abspielt. Kann es beispielsweise in der Dichtkunst noch vollständig im Kopf des Poeten stattfinden, von wo das entstandene Werk ohne Festlegung in einem Werkexemplar mitgeteilt wird, so ist in weiten Bereichen der bildenden Künste die Auseinandersetzung mit dem Werkträger derart intensiv, dass das geistige Werk erst an diesem entsteht und ohne ihn undenkbar ist. -- Im letzteren Fall kann das Werk über direkte Eingriffe am Werkträger verändert werden, indem etwas angefügt oder entfernt wird. Obwohl dadurch auch das Werk selbst umgeformt wird, handelt es sich hier nicht um eigentliche Benutzungen⁷, da bei diesen immer ein an-

6. Siehe zur Uebersetzung § 5 Kap. 4.2.2.

7. Solche Veränderungen betreffen die Werkintegrität. Siehe dazu die Arbeit von Christen.

deres Werk neu wiedergegeben wird. Benutzungen sind selbstständig existierende Werke der Literatur und Kunst. Ihre Besonderheit besteht darin, dass sie durch eine umgestaltete Wiedergabe von anderen Werken⁸ entstanden sind.

Benutzung hat also immer etwas mit Umformung zu tun. Immer wenn ein Werk unverändert wiedergegeben wird, spricht man von Werknutzung⁹. Beispiele für Werknutzungen sind die Rezitation eines Gedichtes oder die Interpretation einer Sonate. Werknutzungen liegen ausserhalb der Thematik der vorliegenden Arbeit und bleiben daher weitgehend ausser Betracht¹⁰.

2. Benutzungsphänomene

Die Werke der Literatur und Kunst entstehen durch die Ausformung einer gedanklichen Vorstellung, die der Aussenwelt mitgeteilt wird¹¹. Dies gilt nicht nur für das originale Schaffen, sondern auch für jenes, das sich auf der Basis vorbestehender Werke abspielt. Der Benutzer gibt zwar ein anderes Werk wieder, teilt aber zugleich eine neue gedankliche Vorstellung mit und bringt beide zusammen in seiner

-
8. Dies sind die Benutzungsobjekte, die sogenannten Originalwerke. Bei der hier gewählten Definition spielt es für das Benutzungsphänomen an sich keine Rolle, ob die Originalwerke noch geschützt sind. Voraussetzung ist nur, dass sie die Definitionsmerkmale für urheberrechtlich schützbares Werke erfüllen.
 9. Im URG werden die Werknutzungen als "unveränderte Wiedergaben" bezeichnet (Art. 13 Abs. 1).
 10. Trotz des scheinbar klaren Abgrenzungsmerkmals von Werknutzung und Benutzung gibt es auch hier Grenzfälle. So können gekürzt wiedergegebene Werke je nach Art und Umfang der Kürzung Werknutzungen oder Benutzungen sein.
 11. Vgl. statt vieler: Hubmann, S. 33ff., oder Kummer (Werk), S. 5ff. Nur solcherart mitgeteilte Werke sind urheberrechtlich überhaupt relevant.

Schöpfung in eine eigenständige Form. Damit wirken künstlerische Freiheit und Phantasie sowohl bei der Schaffung von Originalwerken als auch bei der Benutzung anderer Werke. Die schöpferischen Tätigkeiten des Originalurhebers und des Benutzers sind also grundsätzlich gleichartig.

Die Erscheinungsformen der Benutzung sind daher sehr vielfältig. So kann der Benutzer nicht nur ein Werk (z.B. mit der Uebersetzung), sondern gleich mehrere Werke (Potpourri) wiedergeben; auch kann er entweder ein Werk als Ganzes (Verfilmung) oder nur einzelne Teile daraus (Verfassen einer Romanfortsetzung) benutzen. Es ist bereits hier darauf hinzuweisen, dass bei der teilweisen Benutzung von anderen Werken die für die angeschnittenen Fragen bedeutsame Unterscheidung zu treffen ist, ob diese Teile individuelle Züge haben oder dem sogenannten Gemeingut¹² angehören. Die Elemente des Gemeingutes sind als solche nämlich nicht schützbar, sondern jedermann frei zugänglich. Deshalb stellt sich bei einer Benutzung, in welcher nur Elemente des Gemeingutes aus einem anderen Werk übernommen werden, die Frage nach freier oder unfreier Benutzung gar nicht. Das zentrale Problem liegt bei der Benutzung von individuellem Material. Darin findet sich das Charakteristische einer Schöpfung und gerade diesbezüglich will die Rechtsordnung den Urheber gegen Entnahmen schützen. Demnach kann in allen Fragen betreffend die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung nur von Interesse sein, unter wel-

12. Siehe § 3 Kap. 2.4.

chen Voraussetzungen die Verwendung von individuellem Material aus anderen Werken möglich ist¹³.

Angesichts der angesprochenen künstlerischen Freiheit des Benutzers muss es sich als unmöglich erweisen, die Erscheinungsformen der Benutzung auch nur annähernd vollständig aufzuzählen. Und zwar gilt dies nicht nur für die Benutzungen in ihrer Gesamtheit, sondern auch für die Umformungen eines einzelnen Originalwerkes. Um in dieser Vielfalt eine gewisse Orientierung gewinnen zu können, sind die Benutzungen zu ordnen. Stellt man mit dem Kriterium der Erkennbarkeit darauf ab, in welcher Art das Original in der Benutzung erscheint, so lässt sich zeigen, dass es in einem Kontinuum von Benutzungsformen umgestaltbar ist. Einmal taucht es in praktisch identischer Form auch in der Benutzung auf; dann verliert sich die Erkennbarkeit des Originals allmählich bis hin zu jenen Benutzungsformen, wo der Benutzer ein anderes Werk nur noch als Ausgangspunkt für eine völlig eigenständige Schöpfung wählte¹⁴.

Auszugehen ist von jenen Benutzungen, in welchen das Originalwerk praktisch in voller Identität übernommen wird, es also nur eine sehr kleine Umformung erfährt¹⁵. Dies ist etwa der Fall, wenn Änderungen am Werk vorgenommen werden

13. Es gibt Autoren, die das Institut der freien Benutzung dort ansiedeln, wo nur Gemeingut übernommen wird, während für sie die Uebernahme individueller Elemente immer unfreie Benutzung sein muss (siehe Lutz [Schränken], S. 27f., [allerdings abweichend Lutz [Schutzumfang], S. 185], Hefti, S. 103f., oder Larese, S. 111f.). Diese Zuordnung wird aber, wie in den nachfolgenden Ausführungen zu zeigen ist, dem Wesen der Benutzung als der Ueberlagerung verschiedener schöpferischer Leistungen im Bereich der individuellen Elemente nicht gerecht. Vgl. Zschokke, S. 86f., oder Gerstenberg, S. 90.

14. Vgl. Weber, S. 40ff., und Christen, S. 32f.

15. Vgl. Christen, S. 35f.

müssen, um es einem bestimmten Verbreitungsmedium zugänglich zu machen. So braucht ein literarisches Werk vor der Drucklegung kleine Eingriffe und Korrekturen, ein Drama für seine Aufführung leichte Veränderungen, oder ein Spielfilm für seine Sendung im Fernsehen geringfügige Kürzungen. Oder es ist zu denken an die Korrekturen von Fehlern bei Neuauflagen. Schliesslich wird häufig versucht, einen alten Schlager mit Hilfe einfachster Arrangements der jüngsten Modeströmung oder den neusten technischen Gegebenheiten anzupassen. Dies sind Leistungen, die an der Grenze dessen liegen, was man überhaupt noch als Schöpfung bezeichnen kann. Für den Originalurheber sind diese kleinen Umformungen ohne einheitlichen Wert: Sie können für ihn sehr nützlich sein, sind aber auch geeignet, seinem Werk zu schaden.

In einer weiteren Stufe setzt sich ein Benutzer wesentlich mit dem Originalwerk auseinander, gestaltet es als Ganzes oder teilweise um und präsentiert es in neuem Gewand. Als Beispiele lassen sich hier Uebersetzungen, Verfilmungen, Dramatisierungen, musikalische Arrangements, Potpourri-Zusammenstellungen, Werkbeschreibungen oder -zusammenfassungen anführen. Eine ähnliche Benutzungsart liegt vor, wenn für ein bestimmtes Werk unter Bezugnahme auf seinen Inhalt und seine Personencharakterisierung ein Fortsetzungswerk geschaffen wird. -- Typisch für diese Gruppe von Benutzungen ist der Umstand, dass das Original einerseits in ganz erheblichem Masse umgeformt wird, anderseits aber seine charakteristischen Züge beibehält. Diese sind trotz geänderter Gestalt auch in der Benutzung noch deutlich erkennbar.

Bereits bei diesen Benutzungstypen ist zuweilen die Anlehnung an ein fremdes Werk für den "Mann von der Strasse"

nicht mehr erkennbar; sie ist aber bei besonderer Fachkenntnis¹⁶ ganz offensichtlich. Dies gilt insbesondere für Uebersetzungen und für viele Arrangements musikalischer Werke. Darüber hinaus gibt es Benutzungen, in denen die typischen Züge des Originals nicht aufgrund mangelnden Fachwissens unerkennbar sind, sondern weil der Benutzer das Ausgangswerk auf sehr intensive Art und Weise umgestaltet hat oder sich vom Original nur inspirieren liess¹⁷. Dies ist da der Fall, wo ein Dramatiker einem Werk eine kurze Sequenz entnimmt, um daraus ein selbständiges Drama zu schaffen. Ein weiteres Beispiel ist der Maler, welcher die in einem Roman beschriebene Situation in die Form eines Tafelbildes bringt, oder der Komponist, welcher eine Bildbetrachtung in ein Musikwerk umsetzt. Hier geht der Benutzer mit der Umformung eigene Wege, und seine Schöpfung erhält gegenüber den Merkmalen des Originals eine grosse Selbständigkeit.

3. Die Aufgabe der Rechtsordnung

Da die Möglichkeit besteht, durch mehr oder weniger intensive Umformung eines Originalwerkes andere Werke (lies Benutzungen) herzustellen, führt dies zu einer Konkurrenzierung. Falls es jedermann möglich wäre, über die Herstellung von einfachen Benutzungen an der wirtschaftlichen Verwertung von Originalwerken teilzuhaben oder auf diese Weise die Schöpferpersönlichkeit zu verletzen, würde das Ziel des

16. Zur Bedeutung des Fachmannes bei der Beantwortung von Fragen aus dem Bereich der Benutzungen siehe § 4 Kap. 3.3.

17. Zschokke, S. 84.

Urheberrechts verfehlt. Das bedeutet: Ein Urheber ist nur dann wirksam geschützt, wenn seine Werkherrschaft auch die Benutzungen mit einschliesst.

Allerdings ist auch der Benutzer schöpferisch tätig geworden, wenn er zwar individuelle Elemente aus dem Original übernimmt, aber auf diesen aufbauend mit der Umformung Neues schafft. Dadurch prallen die Schutzansprüche von Originalurheber und Benutzer aufeinander. Wohl ist der schöpferische Benutzer von einem anderen Werk ausgegangen, doch er erbringt eine Leistung, die im wesentlichen die gleiche wie die des Originalurhebers ist. Daher wird auch der Benutzer grundsätzlich Anspruch auf Urheberschutz erheben dürfen.

Will die Rechtsordnung die schöpferische Leistung wirksam und gerecht schützen, so muss sie dafür sorgen, dass einerseits der Schutz des Originalurhebers ausreichend ist und die Werkherrschaft auch solche Formen umfasst, in denen das Werk umgestaltet wiedergegeben wird; andererseits ist aber nicht nur eine schöpferische Leistung im Originalwerk, sondern auch in der Benutzung zu schützen. Es muss demnach eine Lösung gesucht werden, die diesen verschiedenen Erfordernissen gerecht wird.

Die Rechtsordnung hat für die Lösung dieses Problems verschiedene Institute geschaffen¹⁸, für deren Definition auf die Intensität der Umformung abgestellt wird. Für diese Institute ergeben sich verschiedene Abgrenzungsfragen; die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf die Abgrenzung von

18. Siehe § 2.

freier und unfreier Benutzung. Der grundsätzliche Gesichtspunkt ist dabei folgender: Der Urheber wird gegen Beeinträchtigungen seines Werkes durch Benutzungen geschützt, indem sein Herrschaftsrecht auch gewisse Werkwiedergaben in einer veränderten Form (also Benutzungen) umfasst. Diese grundsätzlich beherrschbaren Formen werden als unfreie Benutzungen bezeichnet. Daneben gibt es aber auch Benutzungsformen, die nicht mehr unter die Werkherrschaft des Originalurhebers fallen. Es handelt sich dabei um die freien Benutzungen. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass der Benutzer in seiner Schöpfung weitgehend eigene Wege geht, wobei er das Original entweder nur als Anregung nimmt oder es sehr intensiv umgestaltet¹⁹.

Eine Einteilung der Benutzungsarten in verschiedene Gruppen kann aber immer nur von mittelbarem Interesse sein. In der Praxis ist nämlich einzig von Bedeutung, ob durch eine Benutzung ein bestimmtes subjektives Urheberrecht verletzt worden ist und ob sich deshalb Ansprüche durchsetzen lassen. Nur zu diesem Zwecke muss geklärt werden, ob eine bestimmte Benutzung frei oder unfrei ist. In diesem Sinne stellt sich die Frage nach der Qualifikation einer Benutzung eigentlich nur als Vorfrage. Als solche wird sie von den Gerichten aber oft gar nicht ausformuliert²⁰, sondern ihre Beantwortung wird in die Entscheidung eingewoben, ob eine Urheberrechtsverletzung begangen wurde.

19. So erhält der Ausdruck "freie Benutzung" eine Doppelbedeutung: Indem die unter dieses Institut fallenden Phänomene in tatsächlicher Hinsicht eine "freie" Anlehnung an ein Original darstellen, erlangen sie in rechtlicher Sicht zugleich eine Freistellung von der Werkherrschaft des Originalurhebers.

20. Dies gilt insbesondere für die Rechtsprechung der Schweiz; siehe § 4 Kap. 1.

Während einige Benutzungsformen völlig einmalig sind, handelt es sich bei anderen um immer wiederkehrende, typische Erscheinungen (zum Beispiel Uebersetzungen oder Potpourris). Die Lehre orientiert sich meist an diesen Typen, um einigermaßen allgemeingültige Aussagen machen zu können; auf die Urheberrechtspraktiker kommen jedoch auch die neuartigen und nicht typisierbaren Benutzungen zu. Der Lehre erwächst hieraus die Aufgabe, möglichst viele Arten typisierend zu beschreiben²¹ und allgemeine Kriterien zu entwickeln, mit denen sich freie und unfreie Benutzungen leicht unterscheiden lassen²². Dies sind die Themen der vorliegenden Arbeit. Fragen um die Urheberschaft, nach den mit der Urheberschaft verbundenen Konsequenzen für die Rechtsstellung des Schöpfers und alle prozessualen Fragen bleiben jedoch ausgeklammert.

4. Wert und Bedeutung der Benutzungen für das Kulturleben

Wenn auch der Benutzer in seiner Tätigkeit an die Schöpfung eines anderen anknüpft, so hat man sich davor zu hüten, darin generell eine billige Ausbeutung zu sehen, für die kein urheberrechtlicher Schutz in Frage kommen dürfe und der ein Riegel zu schieben sei. Diese Ansicht wird im älteren Schrifttum noch häufig vertreten. -- Es ist zu berücksichtigen, dass für die allermeisten Künstler Anregungen aus anderen Werken und Bezugnahmen auf eigenes und fremdes Schaffen von grosser Bedeutung sind. Kaum je ein Werk darf sich als völlig autonome Schöpfung verstehen. Die meisten Werke weisen eine Verwandtschaft mit anderen künst-

21. Siehe dazu § 5.

22. Siehe dazu § 4.

lerischen Erscheinungen auf²³. So ist denn das Kulturleben ein komplexes Gebilde von Anlehnungen, Beeinflussungen und Bezugnahmen, wobei die eigentlichen Benutzungen als Werkumformungen eine sehr zentrale Rolle spielen.

Benutzungen haben eine sehr grosse wirtschaftliche und kulturelle Bedeutung. Als der klassische Typ stand stets die Uebersetzung im Vordergrund²⁴. Daran hat sich bis heute nichts geändert, spielt doch der Kulturaustausch über die Sprachräume hinweg mit den neuen technischen Verbreitungsmöglichkeiten eine immer grössere Rolle. Dies gilt für die Uebersetzung von Schriftwerken wie für die Synchronisation von Filmen, die vor allem beim Fernsehen von grosser Wichtigkeit ist. Im Bereich der Musik haben insbesondere die sogenannten Arrangements eine sehr weite Verbreitung. Sie ermöglichen die Interpretation von Kompositionen durch ganz verschiedene Instrumente und unterschiedliche Orchesterformationen²⁵. Daneben bestehen auch in den übrigen Bereichen des künstlerischen Schaffens unzählige Benutzungsformen, und die technische Entwicklung hat immer wieder neue Arten hervorgebracht. Besonders ist hier die Verfilmung literarischer Werke zu nennen; sie ist zu einem Faktor ersten Ranges für die Kulturwirtschaft geworden, und mit ihr werden enorme Geldsummen verdient oder verloren.

Es ist kaum vorauszusagen, welche Zukunft die Benutzungen haben werden. Selbst wenn das urheberrechtlich relevante Schaffen weiterhin so stark zunimmt wie bis anhin, so bedeutet das nicht, dass auch die Bedeutung der Benutzungen in gleichem Masse zunehmen wird. Seit jeher vermag nur ein

23. Baumann, S. 32f., und Weber, S. 32.

24. Ulmer, S. 267.

25. Riedel, S. 99f.

ganz geringer Bruchteil aller Werke eine grössere wirtschaftliche Rolle zu spielen, und nur ein geringer Prozentsatz davon wird in Benutzungen verarbeitet. Neue technische Gegebenheiten in den Verbreitungsmedien scheinen nun einer Entwicklung Vorschub zu leisten, in der erfolgreiche Werke sehr intensiv mit den verschiedensten Arten von Benutzungen ausgewertet werden. Ein erfolgreicher Film beispielsweise ist (mehrfach synchronisiert) in Kino- und in Fernsehfassung zu sehen, es erscheinen begleitende Bücher, die Filmmusik wird ausgekoppelt und auf Platten und Bändern über gesonderte Verbreitungskanäle verkauft, und charakteristische Objekte des Films (wie Puppen) werden in Werkexemplaren oder als Fotografien verwertet. Es scheint eine Entwicklung wahrscheinlich, in der zwar immer mehr Werke produziert, jedoch ein immer kleinerer Teil davon zu Benutzungen verwendet wird. Diese Benutzungen aber werden relativ (zu allen produzierten Werken) und absolut (gemessen am finanziellen Erfolg) eine immer grössere Bedeutung erlangen.

5. Zusammenfassung

Benutzungen sind Wiedergaben in einer neugestalteten Form. Da diese Wiedergaben die Urheber der benutzten Werke behindern, muss die Rechtsordnung, will sie die Urheber ausreichend schützen, deren Herrschaftsrecht auf die Benutzungen erstrecken. -- Da aber auch der Urheber der Benutzung eine schöpferische Leistung erbringt, hat die Rechtsordnung in irgendeiner Form auch auf ihn Rücksicht zu nehmen. Für Benutzungen, die nur lockere Anlehnung an das Original darstellen, geschieht dies durch eine völlige Freistellung von der Werkherrschaft des Originalurhebers. Das dadurch geschaffene Institut der freien Benutzung tritt in den Gegensatz zur unfreien Benutzung, die vom Originalurheber grundsätzlich noch beherrschbar ist. Es ist Aufgabe der vorliegenden Arbeit, diese beiden Institute gegeneinander abzugrenzen.

§ 2 Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung aus rechtsvergleichender Sicht

1. Die Abgrenzung im schweizerischen Recht

1.1. Die Regelung im geltenden Recht

1.1.1. Die Situation im Gesetz¹

1.1.1.1. Gesetzliche Normierung der Benutzung

Rechtsobjekte des schweizerischen Urheberrechts sind "die

-
1. Gemäss Art. 64 Abs. 1 BV ist die Gesetzgebung "über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst" Sache des Bundes. Dabei sind folgende hier relevante Erlasse in Kraft (Stand Juni 1984):
 - das "Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst" vom 7. Dezember 1922, das im Jahre 1955 (mit BG vom 24. Juni 1955) einer tiefgreifenden Revision unterzogen wurde (SR 231.1);
 - das Vertragswerk der Revidierten Berner Uebereinkunft (RBUE), von der (heute relevant) die Brüsseler Fassung (SR 0.231.13) vollumfänglich und die Stockholmer Fassung (SR 0.231.14) in den Art. 22 bis 38 ratifiziert wurden. Gemäss Art. 68^{bis} URG erlangen die Werke von Schweizerbürgern sowie die erstmals in der Schweiz herausgegebenen Werke auch den Schutz der zuletzt genehmigten Fassung der RBUE, sofern dieser weitergeht als jener des URG selbst;
 - das Welturheberrechtsabkommen (WUA), das von der Schweiz nur in der Originalfassung ratifiziert wurde (SR 0.231.0), nicht aber im Revisionstext von Paris.

Werke der Literatur und Kunst" (Art. 1 [bis 4] URG)². Wie noch zu zeigen sein wird³, ist für die Abgrenzung von entscheidender Bedeutung, dass das Gesetz dieses Rechtsobjekt nur sehr unpräzise definiert. So werden in einer nicht abgeschlossenen Enumeration⁴ einzelne Beispiele von Werken angeführt, die (höchst auslegungsbedürftig) "eigenartige Schöpfungen" (Art. 1 Abs. 2 URG)⁵ respektive "eigenartige Werke" (Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG) sein müssen.

Die Schöpfung wird ihrem Urheber (beziehungsweise seinem Rechtsnachfolger⁶) mittels eines subjektiven absoluten Rechts zugeordnet (Art. 12ff. URG). Dies ermöglicht ihm, das Werk zu beherrschen und es insbesondere "durch irgendein Verfahren wiederzugeben" (Art. 12 Abs. 1 Ziffer 1 URG). Für die Benutzung ist dabei von Bedeutung, dass das (ausschliessliche) Recht nicht nur die "unveränderte Wiedergabe" des Werkes (in seiner originalen Form), sondern auch

2. Die RBUE (Art. 2) verwendet den Ausdruck "Werke der Literatur und der Kunst"; das WUA (Art. I) spricht von "Werken der Literatur, der Wissenschaft und der Kunst".

Im Kontext mit den Benutzungen wird das Werk in seiner ursprünglichen Form als "Originalwerk" bezeichnet: Art. 4 Abs. 1 URG.

Auch in der Lehre wird dieser Ausdruck (neben dem Terminus "benutztes Werk") häufig verwendet: so etwa bei Keckeis, Weber, Armin Meyer oder Baumann.

3. Siehe § 3 Kap. 2.1.

4. BGE 64 II 164 (Maag-Tabellen).

Dies ist auch ganz herrschende Lehre: siehe etwa Troller/Troller, S. 74, Baumann, S. 4f., Christen, S. 23. A.M. ist H.J. Meyer (S. 14), der die Enumeration für abgeschlossen hält.

5. Streng genommen bezieht sich das Begriffsmerkmal der "eigenartigen Schöpfung" nur auf "kinematographisch oder durch ein verwandtes Verfahren festgehaltene ... Handlungen". Doch erlaubt das Wesen der übrigen Beispiele ohne weiteres, die "eigenartige Schöpfung" als allgemeines Begriffselement zu verwenden. Siehe BGE 59 II 404 (Zürcher Stadtplan), Allemann, S. 24, Heim, S. 17, Christen, S. 23, oder Larese, S. 102f.

6. Gemäss Art. 9 URG ist das Recht des Urhebers übertragbar und vererblich.

die "veränderte Wiedergabe"⁷ umfasst (Art. 13 Abs. 1 URG)⁸. Während unter der unveränderten Wiedergabe die eigentliche Werknutzung⁹ zu verstehen ist, meint veränderte Wiedergabe ganz bestimmte Benutzungsformen; es sind dies nach dem Gesetzeswortlaut die Uebersetzung, die Verfilmung und die diesen beiden ähnlichen Phänomene¹⁰. Die Werkherrschaft des am Original Berechtigten umfasst also nicht nur die eigentlichen Werknutzungen, sondern auch gewisse umgestaltete Wiedergaben, die als unfreie Benutzungen bezeichnet werden¹¹.

Die unfreien Benutzungen werden in zwei Untergruppen aufgeteilt, nämlich in die Bearbeitungen und die Aenderungen. Die Bearbeitungen¹² qualifizieren sich gemäss Art. 4 Abs. 1

7. Etwas unglücklich gewählt ist der Terminus "Wiedergabe" für diesen Begriff: Man neigt dazu, damit nur die direkte Nutzung (ohne Umformung) zu assoziieren. Trotzdem vermag dieser Ausdruck gerade in der grammatikalischen Auslegung wesentliche Hinweise auf den Sinn der Norm zu geben (siehe § 2 Kap. 1.1.1.3.)
8. Gemeint sind damit körperliche wie auch unkörperliche Wiedergaben; siehe Christen, S. 63.
9. Siehe § 1 Kap. 1 in fine.
10. Dass die Aufzählung von beherrschbaren Benutzungen in Art. 13 Abs. 1 URG nur beispielhafter Natur sein kann, deutet das Wort "insbesondere" in dieser Norm an. Siehe Rothmund, S. 127f.; kritisch zu diesen Beispielen äussert sich Weber (S. 45f.). Die Uebertragung auf Instrumente (im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Ziffer 2 URG) ist keine Benutzung, sondern eine Werknutzung. Deshalb fällt diese Bestimmung hier ausser Betracht.
11. Dieser Ausdruck wird im URG nicht verwendet, und auch im (schweizerischen) Schrifttum ist er nur selten zu finden (siehe etwa Rothmund oder Nehmiz).
12. Obwohl das URG diesen Ausdruck nicht verwendet, ist er in der Literatur sehr verbreitet (siehe etwa Rothmund, Corrodi, Wilfried Meyer, Weber, Baumann u.a.). VEURG verwendet den Ausdruck "Werke zweiter Hand"; so auch Troller/Troller, S. 83f., und Keckeis, S. 77. In Art. 2 Abs. 2 und Art. 12 RBÜe ist von "Umarbeitungen" die Rede. Es lässt sich immer wieder feststellen, dass die Lehre den Ausdruck "Bearbeitung" für die Umformung als solche gebraucht und nicht den hier angesprochenen Terminus technicus meint.

URG dadurch, dass sie das Original einerseits (verändert) wiedergeben und es so deutlich erkennbar übernehmen; andererseits werden aber durch das Ausmass der Umformung die Kriterien des Werkbegriffes erneut erfüllt. Ist auf diese Weise eine veränderte Wiedergabe zum "eigenartigen Werk" geworden, so wird die Benutzung wie ein Originalwerk geschützt (Art. 4 Abs. 1 URG)¹³. Als Bearbeitungen sind nach dem Gesetzeswortlaut die Uebersetzungen¹⁴ sowie alle anderen Wiedergaben zu qualifizieren, die ein "eigenartiges Werk der Literatur, Kunst oder Photographie"¹⁵ darstellen¹⁶.

Der Bearbeitung bleibt jedoch das Recht des am wiedergegebenen Originalwerk Berechtigten¹⁷ vorbehalten (Art. 4 Abs. 3 URG)¹⁸. Der Bearbeiter oder sein Rechtsnachfolger dürfen ihr Werk demnach nur mit Zustimmung des am Originalwerk Be-

-
13. Zu beachten ist, dass eine Bearbeitung auch dann gemäss Art. 4 URG schützbar ist, wenn die Schutzfrist des Originals bereits abgelaufen ist.
 14. Das Definitionsmerkmal der Bearbeitung gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG (Originalwerk-Wiedergabe, die ein eigenartiges Werk darstellt) bezieht sich strenggenommen nicht auf die in Art. 4 Abs. 1 Ziffer 1 URG angeführten Uebersetzungen. Wie in § 5 Kap. 4.2.2. zu zeigen ist, ist dieses Kriterium aber auch auf die Uebersetzung anzuwenden. Siehe auch Brem, S. 219.
 15. Damit werden auch die Bearbeitungen (ähnlich dem Werk selbst) mit Beispielen und einem allgemeinen Kriterium umschrieben.
 16. Die Tatbestände, die in Art. 4 Abs. 2 URG aufgeführt sind, erfüllen das Erfordernis eines "eigenartigen Werkes" nicht. Da somit auch keine Benutzung im technischen Sinne vorliegt, ist hier nicht auf diese Bestimmung einzugehen. Nach BGE 87 II 320ff. (Schallplatten-Fabrikanten) statuiert diese Norm wettbewerbsrechtlichen und nicht urheberrechtlichen Schutz.
 17. Der Originalurheber ist mit dem am Original Berechtigten dann nicht identisch, wenn seine Rechte auf einen Rechtsnachfolger übergegangen sind.
 18. Ist die Schutzfrist abgelaufen (Art. 36ff. URG), so entfällt dieser Vorbehalt.

rechtigten verwerten. So kann letzterer das Original in der bearbeiteten Form beherrschen und eine Verbreitung verbieten; er erhält aber an der Bearbeitung selbst keinerlei Berechtigungen. Der Bearbeiter hat gemäss Art. 4 Abs. 1 URG an seinem Werk ein auch gegen den Originalurheber wirkendes Recht¹⁹.

Innerhalb der unfreien Benutzungen zeichnen sich die Bearbeitungen als eigenartige Werke aus. Durch dieses Qualifikationsmerkmal unterscheiden sie sich von der anderen Benutzungsart in der Gruppe der "veränderten Wiedergaben", den (von der Lehre so bezeichneten²⁰) Aenderungen. Diese stellen eine Restgrösse dar, für die ein negatives Definitionsmerkmal gilt: Aenderungen sind demnach alle (veränderten) Wiedergaben, durch die kein eigenartiges Werk (im Sinne von Art. 4 Abs. 1 URG) entstanden ist.

Der Ausdehnung der Herrschaft auf Benutzungen²¹ sind jedoch auch Grenzen gesetzt. So besteht mit Art. 15 URG insoweit eine Schranke, als sich (dem Wortlaut nach²²) die Herr-

19. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Recht zur Bearbeitung, das aufgrund von Art. 13 URG dem am Original Berechtigten zusteht, und dem Recht an der Bearbeitung, das aufgrund von Art. 4 Abs. 1 URG dem Bearbeiter zukommt. Siehe Baumann, S. 43f., oder Christen, S. 34.

20. Das URG verwendet diesen Ausdruck nicht, und auch in der Literatur wird er als Terminus technicus nur selten gebraucht. Christen (S. 32f.) spricht von "einfacher Aenderung", während er mit "Aenderung" den Oberbegriff aller Benutzungen meint. Wilfried Meyer (S. 60f.) bezeichnet den hier angesprochenen Begriff mit "eigentliche" oder "gewöhnliche" Aenderung.

21. Es sei hier darauf hingewiesen, dass der Terminus "Benutzung" auch in Art. 61 und in der Marginale von Art. 31 URG gebraucht wird. In diesen Bestimmungen hat der Ausdruck aber nicht den Sinn der umgestalteten Wiedergabe, sondern den des "Verwendens". Diese beiden Normen bleiben daher ausser Betracht.

22. Siehe dazu die nachfolgenden Ausführungen in diesem Kapitel.

schaft nicht auf Melodienbenutzungen erstreckt, die ein "neues selbständiges Werk" darstellen. Unter den Benutzungen gibt es also eine weitere Gruppe; die ihr angehörenden Werke zeichnen sich durch den selbständigen Charakter aus, den sie mit der Umformung erhalten haben. Diese von der Lehre²³ als freie Benutzungen bezeichneten Werke werden vom Recht auch ihrem Charakter entsprechend behandelt: Sie geniessen den vorbehaltlosen urheberrechtlichen Schutz. Dadurch treten sie in den Gegensatz zu den unfreien Benutzungen, denen das Recht des am Original Berechtigten vorbehalten bleibt²⁴.

Wenn das Gesetz im Zusammenhang mit dem Institut der freien Benutzung nur die Melodie erwähnt und sich über die anderen Werkkategorien ausschweigt, so ist dies aus der besonderen Situation zur Zeit der Gesetzesentstehung zu erklären. Die freie Benutzung als solche wurde damals nämlich als eine nicht regelungsbedürftige Selbstverständlichkeit angesehen, deren ausdrückliche Erwähnung im Gesetz sich daher grund-

23. Das URG verwendet diesen Ausdruck nicht; in der Literatur ist er aber weit verbreitet: so etwa bei Hefti, Wilfried Meyer, Rothmund, Armin Meyer, Baumann, Weber u.a. Siehe auch BGE 85 II 128f. (Sherlock Holmes). (Schelbert [S. 61] spricht von "selbständiger Bearbeitung"). Nicht eingebürgert hat sich der Ausdruck der "freien Benutzung im weiteren Sinn", den Lutz (Schranken, S. 37) vorgeschlagen hat, um die zweckfremde Benutzung zu bezeichnen.

24. Bemerkenswert ist die systematische Einordnung des Institutes der freien Benutzung im Gesetz. So fällt Art. 15 unter den Titel "II. Inhalt des Urheberrechtes" und hier unter die Submarginale I "Umschreibung des Urheberrechtsinhaltes". Viel eher als beim Inhalt hätte man die freie Benutzung bei den Schranken der Werkherrschaft gesucht. Siehe Rothmund, S. 132f.

sätzlich erübrigte²⁵. Jede Benutzung, die im Vergleich (also relativ) zum Original ein selbständiges Werk darstellte, sollte zulässig sein. Hätte der Gesetzgeber die Melodienbenutzung nicht ausdrücklich erwähnt, so würde auch für diese Schaffenskategorie der relative Schutz bestehen. Nun war aber in jener Zeit die Frage nach dem Schutzzumfang gegen veränderte Wiedergaben insbesondere im Bereich der Musik umstritten; dies deshalb, weil Deutschland für die Melodie eine Sonderbestimmung mit absolutem Schutz aufstellte²⁶. Um hier Unklarheiten zu vermeiden, hat der Schweizer Gesetzgeber seinen Entscheid zugunsten des relativen Schutzes (auch) im Bereich der Melodie expressis verbis in Art. 15 URG festgehalten.

25. Siehe die bundesrätliche Botschaft in BBl. 1918, Bd. III., S. 617f.:

"Die Benützung einer Melodie hat ein neues, selbständiges Werk zum Ergebnis. Für diesen Fall stellt Art. 14, in Uebereinstimmung mit dem Bundesgericht (BGE 33 II Nr. 64 E 7) fest, dass das Urheberrecht an dem Werk, dem die Melodie entnommen ist, sich auf diese Benützung nicht erstreckt. Es handelt sich um ein Beispiel der von blosser Wiedergabe grundsätzlich zu unterscheidenden "freien" Benützung, die lediglich in der Entnahme von Ideen oder Motiven besteht und wobei letztere in durchaus selbständiger Weise verarbeitet werden, so zwar, dass das Ergebnis ein neues, vom benützten unabhängiges Werk darstellt. Auf Benützungen solcher Art kann sich das Urheberrecht am benützten Werk folgerichtig nicht erstrecken; an sich erscheint es denn auch als überflüssig, die Zulässigkeit freier Benützungen im Gesetz noch ausdrücklich zu bestätigen. Wenn Art. 14 gleichwohl über das "Recht an der Melodie" eine -- negative -- Bestimmung trifft, so handelt es sich dabei um einen besonderen Fall, der zu Zweifeln Anlass geben könnte und daher zweckmässigerweise im Gesetz entschieden wird." (Anm.: Der hier erwähnte Art. 14 des Entwurfes entspricht Art. 15 des geltenden Rechts.)

26. § 13 Abs. 2 LUG (wiedergegeben in § 2 Kap. 3.1.1.); diese Norm entspricht § 24 Abs. 2 URG/BRD (wiedergegeben in § 2 Kap. 3.1.2.).

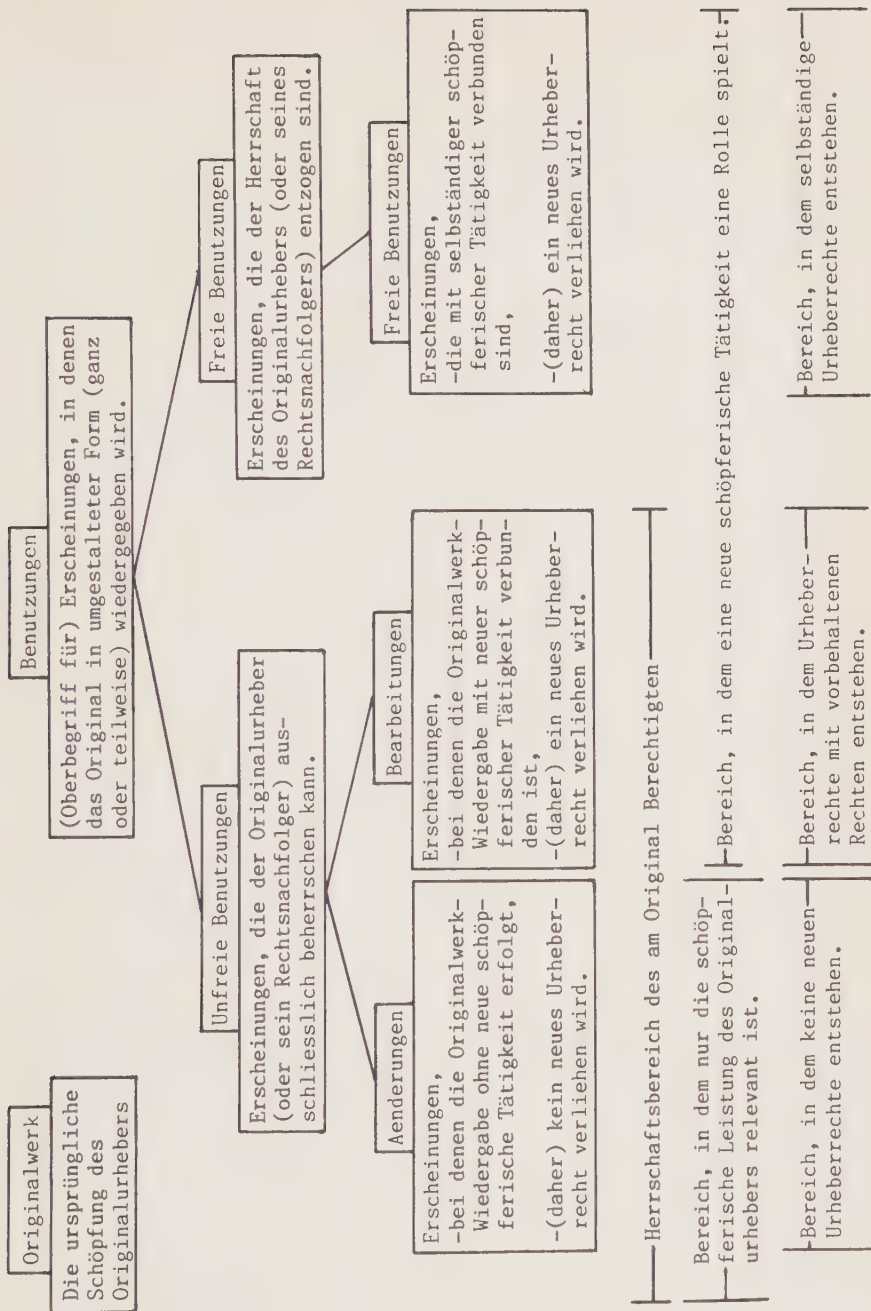
Demzufolge existiert das Institut der freien Benutzung im schweizerischen Recht für die Melodienbenutzung gemäss Art. 15 URG kraft geschriebener Norm. Mit der historischen Auslegung dieser Bestimmung drängt sich eine Ausdehnung auf alle anderen Benutzungsformen auf. Ausserhalb der Melodienbenutzung existiert das Institut freier Benutzung kraft ungeschriebener Norm²⁷.

Zusammenfassend zeigt sich also, dass das URG die Benutzungsproblematik differenzierend angeht. Während dem Originalurheber das ausschliessliche Recht zur Aenderung und Bearbeitung seines Werkes eingeräumt wird (Art. 13 URG)²⁸, erhält der Benutzer seinerseits in zwei Stufen urheberrechtlichen Schutz: einerseits vorbehaltlosen in der freien Benutzung und andererseits den Schutz an der Bearbeitung, bei dem das Recht des am Original Berechtigten vorbehalten bleibt. Nicht geschützt wird der Benutzer in der Aenderung.

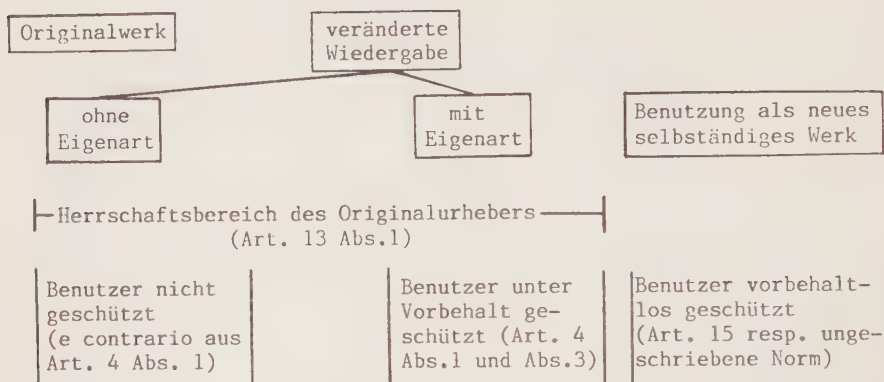
Damit ergibt sich für die Benutzung das auf S. 23 stehende Begriffsschema (bezeichnet mit der in der Lehre gebräuchlichen Terminologie).

27. BGE 85 II 129 (Sherlock Holmes) und Rehbinden, S. 355.

28. Viele Autoren arbeiten mit dem Gegensatzpaar freie Benutzung – Bearbeitung, um die Ausdehnung der Werkherrschaft zu beschreiben. Dies ist aber angesichts der Existenz des Institutes der Aenderung nicht ganz korrekt.



Das URG bedient sich (im analogen Begriffsschema) folgender Bezeichnungen:



1.1.1.2. Exkurs: Der Begriff des Plagiats

Im Zusammenhang mit der Wiedergabe anderer Werke ist oft von Plagiat die Rede. In der Umgangssprache hat dieser Ausdruck eine weite Bedeutung, die aber immer mit einem Vorwurf verbunden ist. Plagiat meint den "Diebstahl" einer Schöpfung oder einer künstlerischen Idee²⁹. In dieser Bedeutung wird der Plagiatsvorwurf bei allen möglichen Formen künstlerischer Bezugnahmen erhoben, so etwa auch bei der Wiedergabe gemeinfreier Werke³⁰.

Plagiat ist kein Begriff, der sich ins Schema der Benutzungsarten einreihen lässt. Als Rechtsbegriff ist Plagiat -- den Vorschlägen Ulmers folgend³¹ -- einschränkend zu ge-

29. Ulmer, S. 273.

30. Ulmer, S. 273, und Hubmann, S. 181.

31. Ulmer, S. 274. Siehe auch Chaves, S. 261.

brauchen und nur in Fällen zu verwenden, wo ein geschütztes Werk unter Anmassung der Urheberschaft wiedergegeben wird. Plagiat und Benutzung haben demnach mit der Wiedergabe eines anderen Werkes ein gemeinsames Merkmal. Während sie bei der Benutzung aber definitionsgemäss in umgestalteter Form erfolgt, ist dies beim Plagiat zwar häufig der Fall, stellt aber kein Definitionsmerkmal dar. Plagiate gibt es also in der Form der Werknutzung wie auch der Benutzung.

Die krassesten Fälle von Plagiaten sind völlig unveränderte und ungekürzte Wiedergaben, wobei die wahre Urheberschaft verschwiegen wird. Plagiate sind aber auch (unkorrekte) Zitate, deren Quelle nicht angegeben wird³². Was den Zusammenhang von Plagiat und Benutzung anbetrifft, so liegt nie ein Plagiat vor, wenn mit der Umformung die Definitionsmerkmale der freien Benutzung erfüllt werden. Da die freie Benutzung völlig aus der Herrschaftssphäre des Originalurhebers gelöst ist, besteht auch nie eine Pflicht zur Angabe der Urheberschaft des Originalwerkes, weshalb diese per definitionem nie angemasst werden kann. Im Bereich der unfreien Benutzung ist demgegenüber ein Plagiat möglich. Es liegt dann vor, wenn der Benutzer das Original deutlich erkennbar übernimmt und die eigentliche Urheberschaft verschweigt. Meist formt er das ursprüngliche Werk nur unwesentlich um und versucht dabei, es bewusst zu verschleiern und damit von der wahren Urheberschaft abzulenken³³.

Zusammenfassend zeigt sich, dass bei freier Benutzung nie ein Plagiat vorliegt. Im Bereich der unfreien Benutzung ist ein solches möglich. Lange nicht jede unfreie Benutzung

32. Ulmer, S. 274, und Sciaroni, S. 57ff.

33. Ulmer, S. 274.

ist jedoch ein Plagiat, sondern nur jene, bei welcher sich der Benutzer eine Urheberschaft anmasst. Wer aber "den Urheber nennt, ist, auch wenn er sich des Nachdrucks oder sonstiger unzulässiger Verwertung schuldig macht, kein Plagiator"³⁴.

1.1.1.3. Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung im Gesetzeswortlaut

Es gilt nun, aus den vorn angeführten Normen die Abgrenzungsmerkmale von freier und unfreier Benutzung herauszukristallisieren. Dabei sind für die Einteilung aller Benutzungsformen in die drei Kategorien der Aenderung, Bearbeitung und freien Benutzung zwei Kriterien nötig. Im Rahmen dieser Arbeit ist aber grundsätzlich nicht auf jenes Merkmal einzugehen, mit dem (innerhalb der unfreien Benutzung) die Bearbeitung von der Aenderung abgegrenzt wird³⁵. Hier ist jenes Kriterium zu bestimmen, das die freie Benutzung qualifiziert und von der unfreien unterscheidet.

Das URG erwähnt in Art. 13 (wie in Art. 4), dass in der unfreien Benutzung das Original wiedergegeben wird, wobei es (als Benutzung) definitionsgemäss eine neue Form erhält. Das Kriterium "Wiedergabe" bedeutet, dass das Original nicht bis zur Unkenntlichkeit umgeformt, sondern gerade in

34. Ulmer, S. 274.

35. Nach dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG zeichnet sich die Bearbeitung gegenüber der Aenderung dadurch aus, dass sie im Rahmen einer "Wiedergabe" des Originals ein "eigenartiges Werk" darstellt. Siehe § 2 Kap. 1.1.1.1.

seinen individuellen Zügen erneut dargestellt wird³⁶. In der unfreien Benutzung bleibt also das Original noch deutlich erkennbar. Demgegenüber wird es in der freien Benutzung zum "neuen selbständigen Werk" umgeformt (Art. 15 URG). Die freie Benutzung ist diesem Kriterium zufolge nicht von den individuellen Zügen des Originals geprägt. Wohl wird auch in der freien Benutzung individuelles Material aus einem anderen Werk verwendet, doch kommt diesem - infolge einer weitgehenden Umformung - nur eine untergeordnete Bedeutung zu, da die Benutzung im Vergleich zum Original ein selbständiges Werk darstellt. -- Dem Wortlaut von Art. 15 URG nach gilt das erwähnte Kriterium zwar nur für die (freie) Melodienbenutzung. Da das Wesen der freien Benutzung aber in allen Schaffenskategorien gleich ist, lässt sich das Kriterium "neues selbständiges Werk" ohne Bedenken auch in allen übrigen Schaffensbereichen anwenden, in welchen das Institut der freien Benutzung kraft ungeschriebener Norm besteht³⁷.

36. Der Wortlaut von Art. 15 URG deutet an, dass die freie Benutzung nicht nur bei der Uebernahme von Gemeingut möglich ist, wie viele Autoren der Schweizer Lehre meinen (siehe § 2 Kap. 1.1.3.). Indem nicht von Gemeingut im Bereich des musikalischen Schaffens die Rede ist, sondern von der Benutzung der Melodie, wird gerade ein Phänomen angesprochen, das sich (in der Regel) durch individuellen Charakter auszeichnet.

37. Wie in § 2 Kap. 1.1.2. ausgeführt wird, hat das Bundesgericht in BGE 85 II 129 (Sherlock Holmes) festgehalten, dass § 13 Abs. 1 LUG als ungeschriebene Norm Bestandteil des schweizerischen Rechts sei. Nach § 13 Abs. 1 LUG (wiedergegeben ist § 2 Kap. 3.1.1.) ist die freie Benutzung eines Werkes dann zulässig, wenn dadurch eine "eigentümliche Schöpfung" hervorgebracht wird. Da dieses Kriterium mit jenem des Art. 15 URG ("neues selbständiges Werk") sehr nahe verwandt ist, ist es aus Gründen der Einheitlichkeit von Vorteil, nicht nur im Bereich der Melodienbenutzung, sondern auch in allen anderen Schaffenskategorien mit dem Kriterium "neues selbständiges Werk" zu arbeiten.

Damit ist die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung theoretisch einfach. Stellt sich für eine bestimmte Benutzung die Frage, ob sie als frei oder unfrei zu qualifizieren sei, so ist zu entscheiden, ob ein "neues selbständiges Werk" oder eine "Wiedergabe" vorliegt. In der Vielgestaltigkeit aller möglichen Benutzungsformen lassen sich die Institute der freien und der unfreien Benutzung aber nicht abstrakt umschreiben. Vielmehr kann nur im Einzelfall entschieden werden, welche Benutzungsart vorliegt³⁸.

1.1.2. Die Abgrenzung in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung der Schweiz finden sich nur wenige Entscheide, in denen über die Qualifikation einer Benutzung als freie oder unfreie zu befinden war; und meist drängen sich in den Erwägungen die Detailfragen des jeweiligen Werkschaffens in den Vordergrund. So ist mit Vorteil erst im Rahmen der Erläuterung einzelner Benutzungskategorien auf diese Entscheide einzugehen³⁹. Hier wird nur jenes Urteil angeführt, dem eine allgemeine Bedeutung zukommt und das als eigentlicher "leading case" unter der Geltung des URG von 1922 für das Gebiet der Benutzungen anzusehen ist. Es handelt sich um BGE 85 II 120ff., den Sherlock-Holmes-Entscheid.

Darin hatte das Bundesgericht zu befinden, ob das Erscheinen von Sherlock Holmes und Dr. Watson im Bühnenstück "Dr. med. Hiob Prätorius" von Curt Goetz das auf Doyles Erben übergegangene Urheberrecht an dieser Schöpfung verletze. -- Es war unbestritten, dass der Inhalt der Benutzung keinem

38. Siehe dazu § 4, insbesondere Kap. 1.

39. Siehe § 5.

bestimmten Werk von Doyle nachgebildet war, sondern mit der Verwendung der erwähnten Gestalten nur in Teilen. Das Gericht geht in seinen Erwägungen davon aus, dass ein Werk auch in allen jenen Teilen geschützt ist, die eine eigenartige Schöpfung darstellen. Als solche seien aber die beiden Figuren weder in der Namensnennung noch in der vom literarischen Gesamtwerk losgelösten Charakterisierung zu qualifizieren. Frei erfundene Figuren seien nicht immer urheberrechtlich geschützt, und diese beiden entbehrten der nötigen Originalität, um sie unabhängig von der Darstellung in einem bestimmten Zusammenhang urheberrechtlich schützen zu können. Was diese beiden Figuren charakterisiere, sei bereits vorgezeichnet gewesen und Gemeingut. Dies gelte auch für ihr Verhalten auf der Bühne (Erw. 6) und für ihre Art der Anwendung der dialektischen Methode (Erw. 7). Daher sei mit der Uebernahme auch keine Urheberrechtsverletzung begangen worden.

Von grösserer Bedeutung sind die weiteren Erwägungen des Bundesgerichtes, die den Vorwurf des Klägers betreffen, Goetz habe auch durch die Nachahmung des detektivischen Vorgehens während der Rahmenhandlung und im Aufbau des ganzen Stückes die Werke Doyles nachgeahmt. Das Gericht sieht aber im "Bühnenstück des Beklagten trotz dieser Anlehnung eine freie, selbständige Geistesschöpfung von künstlerischer Individualität" (Erw. 8). Zwar verblassten die Figuren (die ja als Gemeingut qualifiziert wurden) in ihrer Gesamtwirkung nicht, doch sei mit den ihnen zugedachten Rollen im neuen Stück ein Werk selbständiger Prägung entstanden. -- Es liege hier eine freie Benutzung im Sinne des § 13 Abs. 1 des (deutschen) LUG⁴⁰ vor, die "als ungeschrie-

40. Siehe den Wortlaut dieser Norm in § 2 Kap. 3.1.1. Vgl. auch FN 37 zu § 2.

bene Norm auch Bestandteil des schweizerischen Rechts" sei. Wer ein Werk bearbeite, übernehme den Inhalt und ändere die Form. Der Beklagte habe ein Werk eigenen Inhalts geschrieben und sich nur durch die Uebernahme der beiden Figuren, der Art des detektivischen Vorgehens (in einer neuen Handlung) und von Teilen des Aufbaus an das Original angelehnt. Dies sei aus der Sicht des Urheberrechts erlaubt.

Mit diesem Entscheid wird das Institut der freien Benutzung höchststrichterlich auch für nicht-musikalische Werke anerkannt. Ungeschützte Teile, wie die Figur des Sherlock Holmes, dürfen also immer in einer Benutzung verwendet werden. Ist ein Element aber geschützt, so ist zu entscheiden, ob der Benutzer mit der Umformung eine "selbständige Geistes-schöpfung" hervorgebracht hat, was (als freie Benutzung) urheberrechtlich ebenfalls erlaubt ist.

1.1.3. Die Abgrenzung in der Lehre

In der schweizerischen Lehre fehlt eine Monographie, welche die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung für alle Werkkategorien behandelt. Hingegen gibt es Arbeiten, in denen die Benutzungsproblematik für einzelne Werkkategorien oder Wiedergabeformen dargelegt wird⁴¹. Auch finden sich Ausführungen über die Benutzung im Zusammenhang mit dem Werkbegriff⁴² und den Herrschaftsschranken⁴³. Da damit aber nicht das ganze Werkschaffen abgedeckt wird und einzelne Arbeiten bereits ziemlich alt sind, spielt die Anlehnung

41. Dies gilt etwa für die Arbeiten von Hefti, Baumann, Weber, Armin Meyer, Wilfried Meyer oder Merten.

42. Etwa bei Zschokke (S. 84ff.) oder bei Schelbert (S. 61ff.).

43. So bei Lutz (Schranken, S. 34ff.) oder Rothmund (S. 123ff.).

an die ausländische Lehre auch auf diesem Gebiet eine grosse Rolle. Insbesondere die Bedeutung der deutschen Literatur ist noch gestiegen, seit das Bundesgericht den die freie Benutzung normierenden Paragraphen des LUG zur ungeschriebenen Regel unseres Rechts erklärt hat⁴⁴. Immerhin bleibt bei jeder Anlehnung an deutsches Gedankengut zu berücksichtigen, dass die beiden Rechtskreise auch im Bereich der Benutzungen voneinander abweichende Normen⁴⁵ kennen. Deshalb ist beim Gebrauch jener Literatur entsprechende Vorsicht geboten.

Bei der Durchsicht⁴⁶ der Literatur fällt zum einen auf, dass sich das Standardwerk zum Immaterialgüterrecht von Troller⁴⁷ über das Institut der freien Benutzung ausschweigt und damit auch die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung unberührt lässt. Es wird nur (sehr kritisch) auf die Melodienbenutzung (gemäss Art. 15 URG) eingegangen und im Kurzlehrbuch von Troller/Troller⁴⁸ auf deren umstrittene Tragweite hingewiesen. -- Es ist im weiteren für die schweizerische Lehre charakteristisch, wie viele Autoren die Meinung vertreten, freie Benutzung sei nur bei Verwendung reiner Ideen oder Elemente aus dem Gemeingut möglich, während die Uebernahme von individuellem Material immer unfreie Benutzung sei. So setzt sich Hefti in seiner Monographie über die Parodie ausführlich mit dem Institut der freien Benutzung auseinander⁴⁹ und prüft, ob

44. Siehe den in § 2 Kap. 1.1.2. erläuterten Sherlock-Holmes-Entscheid (BGE 85 II 129).

45. Siehe dazu § 2 Kap. 3.1.2.

46. Es werden hier nur einige Beispiele herausgegriffen.

47. Troller (Immaterialgüterrecht), insbesondere Bd. I, S. 512ff., und Bd. II, S. 784f. und S. 801ff.

48. Troller/Troller, S. 126.

49. Hefti, S. 101 bis 105.

die Parodie darunter zu subsumieren sei⁵⁰. Hefti geht mit dem Institut der freien Benutzung hart ins Gericht und hält dessen Existenz im Urheberrechtssystem für überflüssig. Er stellt sich auf den Standpunkt⁵¹, dass jede Benutzung von individuellen Elementen grundsätzlich unzulässig sei und eine Urheberrechtsverletzung darstelle. Eine Anlehnung sei dort stets erlaubt, wo Nichtindividuelles (also Gemeingut) verwendet werde. Daher gebe es im eigentlichen Sinne keine freie Benutzung. Auch laut Larese kann das frei Benutzbare nie Werk sein. Werde nur die Idee übernommen, so sei dies urheberrechtlich erlaubt. Sobald aber die Form der Benutzung jener des Originals "entspreche", liege urheberrechtlich eine Uebernahme vor⁵². Nach Lutz ist ebenfalls von der Frage auszugehen, ob in die Benutzung geschützte Elemente des Originals übernommen worden sind. Ist dies der Fall, so kann keine freie Benutzung gegeben sein. Eine solche ist nach seiner Ansicht nur möglich, wenn keine geschützten Elemente übernommen werden, also lediglich die "Schaffensmethode imitiert" wird⁵³.

Eine ganze Reihe von Autoren hält die freie Benutzung aber auch dann für möglich, wenn individuelles Material verwendet wird. Leider arbeitet Zschokke mit schwer verständlichen Begriffen und bedient sich einer ungebräuchlichen Terminologie. Er erachtet jene Erscheinung als freie Benut-

50. Siehe zur Parodie § 5 Kap. 3.1.

51. Hefti, S. 103.

52. Larese, S. 111f.

53. Lutz (Schrannen), S. 27. In seinem Aufsatz "Der Schutzzumfang des Urheberrechts" vertritt dieser Autor allerdings die Ansicht, dass freie Benutzung auch bei der Uebernahme individuellen Materials möglich ist; er schreibt (S. 185): "Wird der individuelle Leistungsteil in veränderter Form übernommen, so hängt es vom Mass der Ueberlagerung durch eine neue schöpferische Leistung ab, ob eine unter den Schutzbereich fallende Bearbeitung oder eine freie Benutzung vorliegt."

zung, in der sich das "angelehnte Erzeugnis"⁵⁴ gegenüber dem "benutzten Werk"⁵⁵ als eigenständiges Werk erweist. Das ist der Fall, wenn "das angelehnte Erzeugnis beziehungsweise Werk im inneren Wesen als relevante Aussage eigene schöpferische Geheimnisse enthält, welche sich von den schöpferischen Geheimnissen des benutzten Werkes (...) prägnant abheben"⁵⁶. Laut Armin Meyer⁵⁷ muss bei der Abgrenzung auf die Individualität des neuen Werkes geachtet und diese zum Originalwerk in Beziehung gebracht werden. Freie Benutzung liegt vor, wenn der Ideengehalt des Originalwerkes in den Hintergrund tritt, verblasst oder kaum noch erkennbar ist. Ähnlich drückt sich Baumann aus. Er sieht eine Benutzung als frei an, falls bei einer objektiven Prüfung ein Ueberwiegen der Neugestaltung über die Entlehnungen festzustellen ist. Im Gegensatz zur Bearbeitung drängt die freie Benutzung die übernommenen Elemente gegenüber den Neugestaltungen in den Hintergrund⁵⁸. Laut Weber schliesslich liegt eine freie Benutzung vor, wenn die "Identität zwischen benutztem und entstehendem Werk ganz aufgehoben wird", und so "ein neues Werk entsteht, während in der Bearbeitung lediglich ein anderes Werk" geschaffen wird. In der freien Benutzung werden nur die Motive übernommen und dann in eigenartiger Weise verarbeitet⁵⁹.

Wie sich zeigt, hat die schweizerische Lehre zur Frage der Benutzung keine einheitliche Doktrin, und es hat sich nicht einmal eine allseitig gebräuchliche Terminologie durchsetzen können. Es fällt daher schwer, sich in der Literatur

54. In der Terminologie dieser Arbeit: Benutzung.

55. In der Terminologie dieser Arbeit: Originalwerk.

56. Zschokke, S. 85.

57. Armin Meyer, S. 21.

58. Baumann, S. 142f.

59. Weber, S. 48ff.

zu orientieren und Material für die Beantwortung von Benutzungsfragen zu finden. Dazu trägt auch bei, dass relativ wenige Arbeiten bestehen, die einzelnen Benutzungstypen nachgehen und auf dieser Basis Licht in die ganze Problematik bringen. Zudem bauen viele ältere Arbeiten ihr Abgrenzungskriterium auf einem Gedankengut auf, das heute anerkanntermassen als überholt gilt. Es erweist sich daher als nötig, auf die Grundlagen der Benutzungsproblematik einzugehen⁶⁰ und deren Lösung theoretisch zu durchleuchten⁶¹.

1.2. Die Abgrenzung im zukünftigen Recht

Aller Voraussicht nach dürfte im neuen Gesetz das Institut der freien Benutzung völlig unerwähnt bleiben, womit sich dem Gesetzestext keine direkten Anhaltspunkte für eine Definition entnehmen lassen. Gemäss Vorentwurf der II. Expertenkommission⁶² kann der Urheber bestimmen (Art. 15⁶³), ob Aenderungen am Werk vorgenommen werden dürfen und ob das Werk zur Schaffung eines "Werkes zweiter Hand"⁶⁴ verwendet werden darf. Gemäss Art. 2 VEURG⁶⁵ wird ein solches Werk seinerseits geschützt.

60. Siehe § 3.

61. Siehe § 4.

62. Abgedruckt in UFITA Bd. 72 (1975), S. 220ff.

63. Das Pendant dieser Bestimmung im geltenden Recht ist Art. 13 URG.

64. Das sind die hier als "Bearbeitungen" bezeichneten Phänomene. Vgl. zu diesem Ausdruck Christen, S. 34 (FN 8), und Reinhart, S. 231. In VEURG I war Art. 2 mit der Marginale "Bearbeitung" versehen.

65. Art. 2 VEURG entspricht Art. 4 URG.

Art. 2 VEURG hat folgenden Wortlaut:

- 1) Wird ein neues Werk unter Verwendung eines oder mehrerer bestehender Werke derart geschaffen, dass die verwendeten Werke in ihrem individuellen Charakter erkennbar bleiben, so ist es ein Werk zweiter Hand.
- 2) Werke zweiter Hand sind insbesondere:
Übersetzungen, Variationen, Bearbeitungen.
- 3) Der Urheber eines Werkes zweiter Hand geniesst den Schutz dieses Gesetzes; vorbehalten bleiben die Rechte des Urhebers des verwendeten Werkes.

Art. 2 VEURG ist auch das Definitionsmerkmal der unfreien Benutzung zu entnehmen, aus dem sich -- e contrario -- die freie Benutzung bestimmen lässt: Es liegt ein "Werk zweiter Hand" vor, wenn "ein neues Werk unter Verwendung eines oder mehrerer bestehender Werke derart geschaffen wird, dass die verwendeten Werke in ihrem individuellen Charakter erkennbar bleiben". In den Erläuterungen⁶⁶ wird die gemäss dieser Norm logischerweise zu ziehende Folgerung für die Qualifikation der freien Benutzung bestätigt: Die Verwendung eines Werkes ist nur erlaubt (freie Benutzung), "wenn dessen individuelle Elemente in dem neu entstandenen Werk nicht wiederzuerkennen sind". Dies gelte, "wenn ein Werk durch ein vorbestehendes angeregt wurde oder wenn nur Bestandteile übernommen wurden, die (...) mangels individuellen Charakters nicht geschützt sind". Eine Bestimmung über die freie Benutzung geschützter Werke analog § 24 URG/BRD⁶⁷ hält die Expertenkommission für überflüssig. Auf das Kriterium der "Erkennbarkeit" ist an anderer Stelle im Detail einzugehen⁶⁸. Hier sei nur darauf hingewiesen, dass eine strenge Anwendung dieses Kriteriums eine sehr weitgehende Ausdehnung des Schutzes des am Original Berechtigten mitbrächte. Der starre Schutz würde auf alle Schaffensbereiche ausgedehnt und die Anlehnung an anderes Schaffen praktisch verunmöglicht.

66. UFITA Bd. 72 (1975), S. 249.

67. Siehe diese Bestimmung in § 2 Kap. 3.1.2.

68. Siehe dazu § 4 Kap. 4.

2. Die Abgrenzung in der RBUE und im WUA

2.1. Die Behandlung der Benutzungen in der RBUE

2.1.1. Charakteristika der RBUE

Seit jeher werden in den nationalen Urheberrechtsgesetzen die ausländischen Urheber gegenüber den Inländern weitgehend zurückgestellt⁶⁹. Wegen der geistigen Natur der Werke ist jedoch ein grenzüberschreitender Schutz erforderlich. Um diesen zu gewährleisten, haben sich mehrere Staaten zur Berner Übereinkunft zusammengeschlossen. Dieser völkerrechtliche Vertrag, der die Mitgliedstaaten in einem Staatenbund vereinigt⁷⁰, ist mehrfach revidiert worden und hat heute eine weltumspannende Bedeutung.

Das Ziel der RBUE besteht also nicht darin, für einen ausreichenden Schutz der Inländer im Inland zu sorgen, sondern vielmehr darin, deren Werke ausserhalb der Landesgrenzen zu schützen. Dies wird primär durch den Grundsatz der Inländerbehandlung, das Assimilationsprinzip⁷¹, erreicht. Danach haben die Vertragsstaaten die sogenannten verbandseigenen Werke (ausländischer Urheber) gleich zu schützen wie die inländischen. Das Assimilationsprinzip schafft also keine Rechtsvereinheitlichung, sondern sichert nur jedem Werk den Schutz des in den übrigen Staaten jeweils geltenden Rechts.

69. Siehe etwa Art. 6 URG.

70. Art. 1 RBUE; siehe auch Hubmann, S. 82f.

71. Art. 4 RBUE resp. Art. 5 RBUE/PF; siehe Nordemann/Vinck/Hertin, Einl. N 22, Hubmann, S. 83, oder Ulmer, S. 87.

Das Assimilationsprinzip hat nun seine Bedeutung und Geltung grundsätzlich nicht nur für blosse Werknutzungen. Es kommt auch bei Benutzungen (also Werkwiedergaben in veränderter Form) zum Tragen. Gemäss diesem Prinzip ist also auf die Rechtsordnung desjenigen Staates abzustellen, in dem um Rechtsschutz gegen eine Benutzung nachgesucht wird; nach diesen Rechtsnormen ist die Benutzung als frei oder als unfrei zu qualifizieren. Es versteht sich von selbst, dass diese Situation -- je nach Lagerung der Fälle -- geeignet ist, zu Ungleichheiten zu führen. Gelangt beispielsweise⁷² ein deutscher Komponist an ein Schweizer Gericht, um gegen einen Benutzer vorzugehen, der sein Original für eine Variation verwendet hat, so wird ihm ein Schutz höchstwahrscheinlich versagt. In Anwendung von Art. 15 URG wird der Schweizer Richter die Variation als freie Benutzung qualifizieren. Wäre der Originalurheber aber Schweizer und der Benutzer Deutscher, so würde der deutsche Richter dieselbe Variation aufgrund von § 24 Abs. 2 URG/BRD⁷³ als "erkennbar dem Werk entnommen" und damit als unfreie Benutzung beurteilen⁷⁴.

Um allzu grossen Diskrepanzen zwischen den nationalen Gesetzen entgegenzuwirken, ist der Schutz in der RBUE durch sogenannte Mindest(schutz)rechte verbessert und bis zu einem gewissen Grad vereinheitlicht worden⁷⁵. Diese Rechte kann ein Urheber direkt geltend machen, falls der innerstaatliche Schutz in einem Verbandsland nicht dieses Niveau erreicht. Von den Mindestschutzrechten ist in der Folge so-

72. Diesem Beispiel liegt der Unterschied von starrem und relativem Melodienschutz zugrunde; siehe dazu § 5 Kap. 5.2.

73. Siehe den Wortlaut dieser Norm in § 2 Kap. 3.1.2.

74. Bappert/Wagner, N 4 zu Art. 12 RBUE; Nordemann/Vinck/Hertin, N 1 zu Art. 12 RBUE.

75. Hubmann, S. 84; Nordemann/Vinck/Hertin, Einl. N 23 - 25.

weit die Rede, als sie die Benutzungen betreffen. Dabei ist auch der Frage nachzugehen, inwieweit effektiv eine Vereinheitlichung herbeigeführt wird.

Vorgängig ist aber noch darauf hinzuweisen, dass sich die Anwendung der Berner Uebereinkunft gerade bei den Mindestrechten in der Praxis als mühsam erweist. Das hängt mit den verschiedenen Revisionen der Uebereinkunft zusammen, an welchen nicht alle Vertragsstaaten teilgenommen haben. So muss bei der Anwendung der RBUE stets sorgfältig geprüft werden, welche Fassung (mit was für Vorbehalten) die im konkreten Fall beteiligten Länder ratifiziert haben; abzustellen ist auf den letzten gemeinsam ratifizierten Text⁷⁶. Auch die Schweiz hat nicht alle Revisionen mitgemacht. Während die Brüsseler Fassung noch ganz ratifiziert wurde, geschah dies für die Stockholmer Revision nur noch in Teilen⁷⁷. Der Vertrag von Paris hat bis heute überhaupt keinen Eingang in unser Recht gefunden. -- Auf diese drei Texte werden sich die nachfolgenden Ausführungen beschränken, weil die Fassungen vor Brüssel in der Praxis fast bedeutungslos geworden sind⁷⁸.

76. Art. 27 RBUE (resp. Art. 32 RBUE/PF); dazu Nordemann/Vinck/Hertin, N lff. zu Art. 32 und als Beispiele aus der Praxis BGE 85 II 122f. (Sherlock Holmes) oder BGE 96 II 413f. (Golddrausch).

77. Siehe FN 1 zu § 2.

78. In der Schweiz kommt der RBUE auch innerstaatlich durch Art. 68^{bis} URG (siehe auch Art. 7 VEURG) eine Bedeutung zu. Diese Norm bestimmt, dass der weitergehende Schutz der zuletzt genehmigten Fassung der RBUE auch für Werke von Schweizerbürgern und für in der Schweiz herausgegebene Werke gilt. Für den Bereich der Benutzungen ist diese Bestimmung (zurzeit) bedeutungslos.

2.1.2. Normierung der Benutzung

2.1.2.1. Die Brüsseler Fassung

In dieser Fassung der RBUE werden den Urhebern verschiedene Rechte zur Beherrschung von Benutzungen ihrer Werke eingeräumt; allen voran steht das ausschliessliche Recht, das Werk zu übersetzen (Art. 8 RBUE). Zudem geniessen die Urheber gemäss Art. 12 RBUE das ausschliessliche Recht, Adaptationen, Arrangements und andere Umarbeitungen ihrer Werke zu erlauben; und Art. 14 RBUE hält das Recht fest, die Adaptationen und Wiedergaben durch die Kinematographie zu gestatten.

Gemäss diesen Bestimmungen ist der Urheber also in der Lage, das Original gegen (unfreie) Benutzungen zu schützen⁷⁹. Für die Grenzbestimmung zur freien Benutzung ist von Bedeutung, dass wohl einzelne, mehr oder weniger klar abgrenzbare Typen durch die RBUE selbst als (unfreie) Benutzungen qualifiziert werden. Der Oberbegriff "andere Umarbeitungen" (Art. 12) verbindet sich aber nicht mit einer einheitlichen Vorstellung⁸⁰. Der Bereich der unfreien Benutzungen ist somit nur unpräzise umschrieben. Die angeführten Typen weisen nur darauf hin, dass all jene Formen als unfreie Benutzung

79. Unerheblich ist dabei, ob diese Benutzungen gemäss Art. 2 Abs. 2 RBUE geschützt sind oder nicht. Obwohl die nicht als Bearbeitungen gemäss Art. 2 Abs. 2 RBUE zu qualifizierenden Benutzungen in Art. 12 nicht expressis verbis aufgeführt sind, muss in maiore minus ein Originalurheber auch das ausschliessliche Recht haben, solche Formen zu beherrschen. Siehe Nordemann/Vinck/Hertin, N 1 zu Art. 12 und Runge, S. 700.

80. Dies gilt auch für den Begriff der "Adaptationen". Siehe Bappert/Wagner, N 2 zu Art. 12 RBUE.

zu gelten haben, in welchen das Original deutlich erkennbar übernommen wird⁸¹.

Wegen dieser Unbestimmtheit kommt es bei Rechtsstreitigkeiten weitgehend darauf an, welche Bedeutung der im konkreten Fall angerufene Richter einem RBUE-Begriff beimisst. Dabei wird er sich weitgehend von den in seinem Land herrschenden Vorstellungen leiten lassen. Es zeigt sich, dass die Mindestrechte auf die Qualifikation der Benutzung keine allzu starke Wirkung entfalten können. So ändern sie beispielsweise an den Ungleichheiten beim Schutz einer Variation in Deutschland und in der Schweiz nichts⁸². -- Deshalb kommt dem Assimilationsprinzip trotz der Mindestrechte ein grosses Gewicht zu. Da in der Regel aber auch die in den Verbandsgesetzen aufgestellten Begriffe für die einzelnen Benutzungstypen vage sind, wird es weitgehend auf die Rechtsauslegung im Einzelfall ankommen, was der Rechtssicherheit nicht zuträglich ist.

2.1.2.2. Die Fassungen von Stockholm und Paris

Gegenüber der Brüsseler hat die Stockholmer Fassung in den für die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung relevanten Normen der Art. 8, 12 und 14 Abs. 1 RBUE/StF keine Aenderungen gebracht. Das gilt auch für die Pariser Fassung; mit Ausnahme der Umformulierung von Art. 12 allerdings, wo der im deutschen Sprachraum ungebräuchliche Ausdruck der "Adaptationen" als Beispiel einer unfreien Benutzung durch den Terminus "Bearbeitungen" ersetzt wurde⁸³.

81. Bappert/Wagner, N 3 zu Art. 12 RBUE.

82. Bappert/Wagner, N 4 zu Art. 12 RBUE.

83. Vgl. die entsprechende Aenderung in Art. 2 Abs. 3 RBUE/PF. (Diese Norm entspricht Art. 2 Abs. 2 der Brüsseler Fassung.)

2.2. Die Behandlung der Benutzungen im WUA

Auch das Welturheberrechts-Abkommen (WUA) ist ein mehrseitiger völkerrechtlicher Vertrag, durch den aber im Gegensatz zur RBUE kein Staatenbund gebildet wurde⁸⁴. Obwohl das WUA dasselbe Ziel verfolgt wie die RBUE, nämlich den internationalen Schutz der Urheber⁸⁵, bestehen zwischen den beiden Vertragswerken gewichtige Unterschiede, die sich auch auf die Regelung der Benutzungen auswirken. Im Gegensatz zur RBUE verzichtet das WUA darauf, Mindestrechte festzulegen, auf die man sich als Konventionsrecht direkt berufen könnte. Das Hauptgewicht liegt vielmehr auf der Verpflichtung der Verbandsstaaten, "alle Bestimmungen zu treffen, die notwendig sind, um einen ausreichenden und wirksamen Schutz der Rechte der Urheber" (Art. I WUA)⁸⁶ zu gewährleisten. Dieser Grundsatz wirkt sich -- anders als in der RBUE -- primär auf den Schutz des Urhebers im Inland aus⁸⁷. Damit aber auch der grenzüberschreitende Schutz nach dieser reichlich unklaren Bestimmung erreicht wird, haben die Vertragsstaaten gemäss Art. II WUA⁸⁸ die Ausländer den Inländern gleichzustellen (Assimilationsprinzip)⁸⁹. Dadurch soll jeder Urheber auch in den übrigen WUA-Staaten einen "ausreichenden und wirksamen Schutz" (Art. I) gegen unfreie Benutzungen erlangen. Die generelle Verpflichtung der Vertragsstaaten (Art. I) und das Assimilationsprinzip (Art. II) schützen den Urheber nicht ausreichend: Daher legt das Abkommen die Vertragsstaaten zusätzlich auf gewisse Mindestrechte fest, die das nationale Recht zu gewähren hat,

84. Hubmann, S. 85; Ulmer, S. 96.

85. Siehe die Präambel zum WUA.

86. So auch die inhaltlich gleiche Norm von Art. I WUA/PF.

87. Nordemann/Vinck/Hertin, N 1 zu Art. I.

88. So auch Art. II WUA/PF.

89. Nordemann/Vinck/Hertin, N 1 zu Art. I WUA und N lff. zu Art. II WUA.

wobei sich aber die Urheber (im Gegensatz zur RBUE) nicht direkt darauf berufen können. Soweit diese Mindestrechte die Benutzungen betreffen, wird in der Folge darauf eingegangen.

Dabei zeigen sich zwischen den beiden Fassungen des WUA, nämlich der Originalfassung von 1952 und ihrer Pariser Revision im Jahre 1971, erhebliche Unterschiede⁹⁰. Grundsätzlich brachte die Revision eine Erweiterung des Bereiches der unfreien Benutzungen; in bezug auf die Uebersetzungen wurde der Schutz aber durch eine ganze Reihe von Sonderbestimmungen zugunsten der Entwicklungsländer wieder eingeschränkt.

Die WUA-Fassung von 1952 begnügt sich mit der Gewährung des Uebersetzungsrechtes (Art. V), wobei dieses noch durch Zwangslizenzen einschränkbar ist⁹¹. Ansonsten sind dem Urheber keine Rechte gegen unfreie Benutzungen zu garantieren; mit diesem Mindestschutzrecht wird aber kaum das Notwendigste erreicht. Wenn die einzelnen Staaten nicht aus eigenem Antrieb einen weitergehenden Schutz gewähren, besteht faktisch die Möglichkeit, die Werkherrschaft des am Original Berechtigten mittels einfacher Benutzungen (ausser Uebersetzungen) zu unterlaufen.

Diese Situation wurde mit der Revision des WUA im Jahre 1971 wesentlich geändert⁹², sieht doch diese Fassung ein Bearbeitungsrecht in bestimmten Grenzen vor (Art. IV^{bis} Abs. 2)⁹³. Nach dieser Norm haben die in Art. I bezeichne-

90. Die Schweiz ist bislang nur dem Abkommen von 1952 beigetreten.

91. Vgl. dazu die Noten von Nordemann/Vinck/Hertin zu Art. V und Bappert/Wagner, N 7ff. zu Art. V WUA.

92. Siehe zu den sehr detaillierten Regelungen im Bereich des Uebersetzungsschutzes die Noten von Nordemann/Vinck/Hertin zu den Art. v^{bis}, v^{ter} und v^{quater} WUA/PF.

93. Nordemann/Vinck/Hertin, N 5 zu Art. IV^{bis}.

ten Rechte auch die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers zu schützen; der Artikel ist auf das Werk sowohl in ursprünglicher als auch in bearbeiteter Form anzuwenden -- falls die Benutzung vom Original erkennbar abgeleitet ist. Das heisst, dass der Originalurheber sein Werk in unveränderter und in bearbeiteter Form soll beherrschen können. Damit wird ihm natürlich ein bedeutend besserer Schutz gewährleistet, da jetzt als freie Benutzung nur noch jene gelten soll, welche das Original nicht mehr erkennen lässt.

Somit eröffnet diese Norm einen äusserst weiten Spielraum, in dem die Benutzungen von den Rechtsordnungen als unfrei qualifiziert werden können. Legt man nämlich die "Erkennbarkeit" streng aus, so ist damit praktisch keine freie Benutzung mehr möglich. Auch wenn die Vertragsstaaten effektiv auf die Erkennbarkeit abstellen, dürfte die Auslegung dieses Massstabes einen wesentlich geringeren Schutz bringen. Oft wird die freie Benutzung schon da angenommen, wo zwar das Original noch erkennbar ist, in seinen Zügen aber verblasst.

3. Die Abgrenzung im Recht der BRD

3.1. Die gesetzliche Regelung

3.1.1. LUG und KUG

Bis zur Inkraftsetzung des heute geltenden URG (am 1.1. 1966) waren in der Bundesrepublik Deutschland zwei noch aus der Kaiserzeit stammende Urheberrechtserlasse in Kraft, nämlich das "Gesetz betreffend des Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst" von 1901 (LUG) und das "Ge-

gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie" von 1907 (KUG). Verschiedene Gerichtsentscheide und Lehrbücher, die auf diesen Erlassen basieren, sind noch heute von grosser Bedeutung. Daher werden die relevanten Normen im folgenden wiedergegeben.

Im LUG sind für die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung die § 12 und 13 relevant.

§ 12: "Die ausschliesslichen Befugnisse, die dem Urheber nach § 11 in Ansehung des Werkes selbst zustehen, erstrecken sich auch auf die Bearbeitungen des Werkes.

Die Befugnisse des Urhebers erstrecken sich insbesondere auf:

1. die Uebersetzung in eine andere Sprache oder in eine andere Mundart derselben Sprache, auch wenn die Uebersetzung in gebundener Form abgefasst ist;
2. die Rückübersetzung in die Sprache des Originalwerkes;
3. die Wiedergabe einer Erzählung in dramatischer Form oder eines Bühnenwerkes in der Form einer Erzählung;
4. die Herstellung von Auszügen aus Werken der Tonkunst sowie von Einrichtungen solcher Werke für einzelne oder mehrere Instrumente oder Stimmen;
5. die Uebertragung des Werkes auf Vorrichtungen für Instrumente, die der mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienen, insbesondere auf auswechselbare Scheiben, Platten, Walzen, Bänder und sonstige Zubehörstücke solcher Instrumente;
6. die Benutzung eines Schriftwerkes zu einer bildlichen Darstellung, welche das Originalwerk seinem Inhalt nach im Wege der Kinematographie oder eines ihr ähnlichen Verfahrens wiedergibt."

§ 13: "Unbeschadet der ausschliesslichen Befugnisse, die dem Urheber nach § 12 Abs. 2 zustehen, ist die freie Benutzung seines Werkes zulässig, wenn dadurch eine eigentümliche Schöpfung hervorgebracht wird.

Bei einem Werke der Tonkunst ist jede Benutzung unzulässig, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werke entnommen und einer neuen Arbeit zugrunde gelegt wird."

Im KUG sind bei Abgrenzungsfragen die § 15, 15a und 16 massgebend.

§ 15: "... Auch wer durch Nachbildung eines bereits vorhandenen Werkes ein anderes Werk der bildenden Künste oder der Photographie hervorbringt, hat die im Abs. 1 bezeichneten Befugnisse; jedoch darf er die Befugnisse, sofern der Urheber des Originalwerkes gleichfalls Schutz genießt, nur mit dessen Einwilligung ausüben."

§ 15a: "Ist ein im Wege der Kinematographie oder eines ihr ähnlichen Verfahrens hergestelltes Werk wegen der Anordnung der dargestellten Begebenheiten als eine eigentümliche Schöpfung anzusehen, so erstreckt sich das Urheberrecht auch auf die bildliche Wiedergabe der dargestellten Handlung in geänderter Gestaltung. Der Urheber hat die ausschliessliche Befugnis, das Werk öffentlich vorzuführen."

§ 16: "Die freie Benutzung eines Werkes ist zulässig, wenn dadurch eine eigentümliche Schöpfung hervorgebracht wird."

Das Kriterium für freie Benutzung ist in LUG und KUG praktisch gleich formuliert; auch hat es grosse Aehnlichkeit mit jenem von Art. 15 URG (der Schweiz). Muss nach LUG und KUG die freie Benutzung eine "eigentümliche Schöpfung" sein, so hat sie im URG dem Erfordernis zu genügen, durch die Umformung zum "neuen selbständigen Werk" geworden zu sein. Das Faktum, dass LUG und KUG kein "selbständiges Werk" verlangen, hat die deutsche Rechtsprechung dazu veranlasst, für die freie Benutzung nur die Entfaltung einer Denktätigkeit des Benutzers zu fordern und nicht einen bestimmten Abstand zum Original⁹⁴. Es musste nur etwas Neues geschaffen werden, hingegen war keine Selbständigkeit durch die Umformung erforderlich. Freie Benutzung war also auch dann gegeben, wenn dem Original Teile praktisch unverändert entnommen wurden, diese aber im neuen Werk rein quantitativ eine untergeordnete Rolle spielten. In späteren Entscheiden hat dann die Rechtsprechung für freie Benutzung auf den Ab-

94. Siehe dazu § 4 Kap. 3.2.

stand abgestellt, so dass die Unterschiede in den Formulierungen von LUG/KUG und URG praktisch bedeutungslos geworden sind. Mit dem Sherlock-Holmes-Entscheid (BGE 85 II 120ff.) fand dann die ausdrückliche Anlehnung der Schweiz an diese Rechtsprechung statt⁹⁵.

Einige Unterschiede zum Schweizer Recht zeigen sich bei jenen Normen, welche die unfreie Benutzung (insbesondere die Bearbeitung) betreffen. Während das URG versucht, den Bereich unfreier Benutzungen mit einer Generalklausel und wenigen Beispielen zu umschreiben, führt vor allem das LUG einen sehr in die Details gehenden Katalog einzelner unfreier Benutzungen an. Dieser wurde aber nicht ins URG/BRD von 1965 übernommen, weshalb hier nicht auf die Einzelheiten eingegangen wird.

3.1.2. URG/BRD

Das Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9.9.1965 (URG/BRD) hat LUG und KUG ausser Kraft gesetzt⁹⁶. Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung wird darin mittels folgender Normen vorgenommen.

§ 3: "Übersetzungen und andere Bearbeitungen eines Werkes, die persönliche geistige Schöpfungen des Bearbeiters sind, werden unbeschadet des Urheberrechts am bearbeiteten Werk wie selbständige Werke geschützt."

§ 23: "Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen des Werkes dürfen nur mit Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes veröffentlicht oder verwertet werden. Handelt es sich um eine Verfilmung des Werkes, um die Ausführung von Plänen und Entwürfen eines Werkes der bildenden Künste oder um den Nachbau eines Werkes der Baukunst, so bedarf bereits das Herstellen der Bearbeitung oder Umgestaltung der Einwilligung des Urhebers."

95. Siehe die Zusammenfassung dieses Entscheides in § 2 Kap. 1.1.2.

96. Einzelheiten siehe bei Hubmann, S. 5f.

§ 24: "Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.

Absatz 1 gilt nicht für die Benutzung eines Werkes der Musik, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird."

§ 39: "Der Inhaber eines Nutzungsrechts darf das Werk, dessen Titel oder Urheberbezeichnung (§ 10 Abs. 1) nicht ändern, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Änderungen des Werkes und seines Titels, zu denen der Urheber seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann, sind zulässig."

Nach URG/BRD werden die Benutzungen demnach in Änderungen, Bearbeitungen, Umgestaltungen und freie Benutzungen eingeteilt. Dabei lassen sich die Änderungen (§ 39), die Umgestaltungen (§ 23)⁹⁷ und die Bearbeitungen (§ 23 sowie 3) in einer Gruppe zusammenfassen; sie werden als unfreie Benutzungen⁹⁸ oder abhängige Nachschöpfungen⁹⁹ bezeichnet. Als der Werkherrschaft des Originalurhebers unterliegende Phänomene bilden sie das Gegenstück zu den freien Benutzungen (§ 24 Abs. 1), die (mit Ausnahme der Melodie: § 24 Abs. 2) von der Werkherrschaft des Originalurhebers losgelöst sind.

In einem Vergleich mit dem schweizerischen Recht zeigt sich, dass es im URG/BRD mit den "anderen Umgestaltungen" ein Institut mehr gibt. Dies führt nicht nur dazu, dass sich neue Abgrenzungsfragen zwischen den Benutzungstypen auftun. Das Institut der "anderen Umgestaltungen" ist bezüglich seiner wesentlichen Eigenschaften in der Lehre um-

97. "Umgestaltung" meint (auch in dieser Arbeit) den Terminus technicus von § 23. Werden hier aber Ausdrücke wie "umgestalten" oder "umgestaltete Wiedergabe" gebraucht, so ist damit nicht auf die Umgestaltung des § 23 URG/BRD Bezug genommen; vielmehr wird in ganz allgemeiner Umschreibung die Umformung und Benutzung anderer Werke angesprochen.

98. Siehe etwa Hubmann, S. 178ff. .

99. Siehe insbesondere Ulmer, S. 265ff.

stritten geblieben. Diskutiert wird vor allem die Frage, ob die "anderen Umgestaltungen" schutzlos oder gleich den Bearbeitungen schützbar sind. Diese Diskussion wird hier nicht nachgezeichnet, weil es dabei vor allem um die Einordnung der Umgestaltung ins System der unfreien Benutzungen geht. Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung wird dadurch nicht berührt, da § 23 URG/BRD sowohl die Bearbeitung wie auch die "andere Umgestaltung" als unfreie Benutzung qualifiziert.

Trotzdem darf das Institut der Umgestaltung nicht ausser acht gelassen werden, da es die Rechtsvergleichung zwischen Deutschland und der Schweiz in starkem Masse beeinflusst. Beim Bezug bundesdeutscher Literatur ist gerade deswegen Vorsicht geboten. Die Gruppe der schützbaren unfreien Benutzungen wird im schweizerischen Recht nicht in Untergruppen aufgeteilt; die ihr angehörenden Phänomene werden einheitlich als "Bearbeitungen" bezeichnet. Demgegenüber ist in der BRD eben umstritten, ob die der Sache nach gleiche Gruppe nur aus den Bearbeitungen besteht oder in die Untergruppe "Bearbeitungen" und "andere Umgestaltungen" zerfällt¹⁰⁰. Für die Rechtsvergleichung ist also immer zu prüfen, welche Einteilung ein Autor wählt. Sieht er schützbare unfreie Benutzungen nur in den Bearbeitungen, so ergeben sich für die Rechtsvergleichung keine prinzipiellen Probleme. Solche bestehen aber, wenn ein Autor auch die "anderen Umgestaltungen" als schützbare unfreie Benutzungen erachtet. In diesem Fall können aus Schweizer Sicht die Erkenntnisse der deutschen Doktrin über die Bearbeitung (§ 3 und 23) nicht einfach auf die Bearbeitung des Schweizer Rechts (Art. 4 und 13 URG) angewandt werden. Im Prinzip müssen dann die Bearbeitungen des Schweizer Rechts stets mit den

100. Siehe dazu Ulmer, S. 162f. und die dort zitierte Literatur.

"Bearbeitungen plus Umgestaltungen" verglichen werden; oder es ist bei Aussagen, die für die (bundesdeutsche) Bearbeitung gemacht werden, sorgfältig zu prüfen, ob sie auch auf unser Recht angewandt werden dürfen. Wenn also etwa Ulmer oder Hubmann als Bearbeitungen nur solche Benutzungen gelten lassen wollen, die dem Werk "dienlich" sind¹⁰¹, so ist dies aus § 23 URG/BRD heraus zu verstehen und als Abgrenzung zu den Umgestaltungen gedacht. Hingegen lässt sich dieses Kriterium nicht mit dem Sinn des Art. 4 URG vereinbaren und darf deshalb nicht übernommen werden¹⁰².

Das bundesdeutsche Recht hat für die freien Benutzungen mit § 24 Abs. 1 URG/BRD eine allgemeine Norm geschaffen, welche auf alle Benutzungen (ausser auf jene der Melodie) anzuwenden ist. Voraussetzung für das Vorliegen einer freien Benutzung ist nach dieser Bestimmung, dass ein selbständiges Werk entsteht. Im schweizerischen Recht fehlt demgegenüber die schriftliche Norm, die für alle Werkkategorien Gültigkeit hat. Es gilt hier das durch entsprechende Auslegung der Sondernorm für Melodien zu gewinnende Kriterium (Art. 15 URG)¹⁰³, welches zum deutschen Recht in sehr naher Verwandtschaft steht; gemäss beiden Bestimmungen wird das Vorliegen eines "selbständigen Werkes" verlangt.

In beiden Rechtskreisen wird die Melodie in einer besonderen Norm erwähnt, doch sind die beiden Bestimmungen in ihrem Gehalt grundverschieden. So statuiert die Norm des deutschen Rechtes (§ 24 Abs. 2 URG/BRD) mit dem Verbot jeder erkennbaren Uebernahme der Melodie den starren

101. Ulmer, S. 162f., und Hubmann, S. 113.

102. Bearbeitung gemäss Art. 4 Abs. 1 URG ist Wiedergabe in der Form eines eigenartigen Werkes. Ob diese Eigenart dem Werk dient oder nicht, ist für die entsprechende Qualifikation ohne Belang.

103. Siehe § 2 Kap. 1.1.1.3.

Schutz¹⁰⁴. Demgegenüber verlangt das schweizerische Recht nur die Selbständigkeit des neuen Werkes; gemäss Art. 15 URG besteht also relativer Melodienschutz¹⁰⁵.

3.2. Die Abgrenzung in der Rechtsprechung

Die deutsche Rechtsprechung ist reich an Entscheiden betreffend die Qualifikation von Benutzungen. Im Rahmen dieses rechtsvergleichenden Teils kann nur ein Ueberblick über wenige typische Entscheide gegeben werden, während in § 4 und § 5 auf weitere Urteile eingegangen wird.

Im Falle "Alt Heidelberg - Jung Heidelberg" wurde vor dem Kammergericht geltend gemacht¹⁰⁶, das Stück Jung Heidelberg sei ein Plagiat von Alt Heidelberg, weil dieselben Personen aufträten und das Original fortgesetzt werde. Die Vorinstanz hatte diese Frage verneint, und zwar mit der Begründung, es seien nicht durchwegs dieselben Personen und sie befänden sich auch in einem anderen Alter. Das Kammergericht postulierte für Fortsetzungs-Benutzungen einen strengen Schutz, da in der Regel eine starke Anlehnung an das Vorbild erfolge. Diese sei nur dann nicht mehr gegeben, wenn etwa ein ganz anderes Problem behandelt werde oder wenn Personen in ein ganz anderes Milieu und in ganz andere Situationen hineingestellt würden oder einen anderen historischen Hintergrund erhielten. In seinen Entscheidungsgrün-

104. Die entsprechende Norm des LUG (§ 13 Abs. 2) war in der Lehre sehr umstritten. In keinem Entwurf für das URG/BRD war vorgesehen, diese Sonderregel auch im neuen Gesetz zu statuieren (vgl. Wolpert, S. 769f.).

105. Siehe § 5 Kap. 5.2.

106. GRUR 31. Jg. (1926), S. 441ff. Auch wenn der Heidelberg-Fall noch vor der Gründung der BRD entschieden wurde, wird er hier seiner nachhaltigen Wirkung wegen angeführt.

den führte das Kammergericht aus, es komme bei der Beantwortung der Qualifikationsfrage auf die Wesentlichkeit der Abweichungen der Benutzung vom Original an. Eine wesentliche Abweichung könne insbesondere dann nicht angenommen werden, wenn das zweite Stück ohne das erste nicht verständlich sei, wenn der Eindruck eines engen Zusammenhanges hervorgerufen werde oder wenn gar eine Wiederholung wesentlicher Situationen erfolge. Im vorliegenden Fall würden viele Personen in enger Anlehnung übernommen und auch der ganze szenische Aufbau zieler darauf ab, Erinnerungen an Alt Heidelberg zu wecken. An dieser Tatsache der überwiegenden Uebernahme gedanklichen und gefühlsmässigen Inhalts vermöge auch der Umstand einer teilweise anderen Spielhandlung nichts zu ändern. Deshalb sei "Jung Heidelberg" keine eigentümliche Schöpfung im Sinne des § 13 LUG.

Aehnlich ist der Sachverhalt beim "Trotzkopf"¹⁰⁷. Von einem gemeinfreien Werk ("Der Trotzkopf - eine Pensionsgeschichte") bestanden drei Fortsetzungen, darunter auch "Trotzkopfs Brautzeit". Die Autorin dieses Werkes sah sich in ihrem Urheberrecht verletzt, als das Buch "Ilses Brautzeit" (untertitelt mit: "Eine Fortsetzung zu der bekannten Mädchenerzählung E.v. Rhoden, Der Trotzkopf") erschien. Sie erhob Klage, weil "Ilses Brautzeit" nicht nur die gemeinfreie Vorlage fortführe, sondern die individuellen Züge von "Trotzkopfs Brautzeit" fast skavisch nachahme. Das Gericht legte seinem Urteil, in welchem es die Abhängigkeit bejaht, eine sorgfältige Gegenüberstellung der beiden Werke zugrunde. Unbestritten war, dass die im ursprünglichen "Trotzkopf" vorzufindenden Personencharakterisierungen in keinem der beiden Werke geschützt werden konnten, da sie gemein-

107. GRUR 59. Jg (1957), S. 395ff.; entschieden vom OLG Karlsruhe.

frei waren. Entscheidend musste also sein, in welchen Elementen sich die erste Bearbeitung vom Originalwerk gelöst hatte und in welchem Grade diese geschützten Elemente in der zweiten Benutzung wiederzufinden waren. Bei dieser so durchgeführten Gegenüberstellung ging das Gericht davon aus, dass es nicht auf die Abweichungen in den zugefügten übrigen Handlungen anzukommen habe. Abzustellen sei darauf, dass eben der Kern der Eigenheiten der ersten Bearbeitung in der zweiten wiederzuerkennen sei und darin nicht verblasse.

Im Lili-Marleen-Fall¹⁰⁸ ging es um die Umarbeitung eines Liedtextes. Der Kläger machte geltend, der vom Beklagten verletzte Liedtext "Auf Wiederseh'n Marlén" sei eine abhängige Bearbeitung des von ihm verlegten "Lili Marleen"-Liedes, was seine Verlagsrechte verletze. Der BGH befand, dass trotz erkennbar naher Verwandtschaft des Inhalts beider Werke (Wiedersehen eines Soldaten mit dem geliebten Mädchen unter einer Laterne) die Benutzung ein neues selbständiges Werk darstelle. Es sei nur eine nicht schützbares Szenarie übernommen worden (Kaserne, Laterne, Lili Marleen); der Stimmungsgehalt der beiden Werke sei aber ein anderer. Der alte Liedtext berichte von einem im Felde stehenden Soldaten, der mit Sehnsucht an das ungewisse Wiedersehen mit seinem in der Ferne weilenden Mädchen denke. Der neue Liedtext gebe demgegenüber die Gefühle eines in der Heimat kasernierten Soldaten wieder, welcher sich das Wiedersehen mit seinem Mädchen nach den Manövern vorstelle. Die Formgebung der beiden Werke sei eine völlig andere, und die Uebereinstimmungen seien nur parodierende und ironisierende Anknüpfungen. Urheberrechtlich sei auch die Uebernahme

108. GRUR 60. Jg. (1958), S. 402ff.

des (nicht geschützten) Namens Lili Marleen unbedenklich. Die Benutzung erscheine als selbständiges Werk, in dem das Original verblasse.

Im Fall "Janosch's kleines Hasenbuch"¹⁰⁹ galt es zu entscheiden, ob dieses Buch freie oder unfreie Benutzung der "Häschenschule" von Koch-Gotha und Sixtus darstellt. Die Beantwortung dieser Frage zwang das Hanseatische OLG Hamburg, sich in rührend sorgfältiger Arbeit der beiden Kinderbücher anzunehmen. In der Begründung ist da etwa nachzulesen¹¹⁰: "In der Schule werden gleichfalls parallele Situationen wiedergegeben, wie z.B. die Ostereiermalstunde (Bild Nr. 3), die Turnstunde (Bild Nr. 6)... Auf dem Heimweg schliesslich begegnen die Hasenkinder in beiden Büchern dem listigen Fuchs, der einen Jägerhut trägt und versucht, die Hasenkinder an sich zu locken." Im Original "geschieht dies dadurch, dass er die Hasenkinder um ein frisches Blatt bittet und den Eindruck erweckt, als sei er schwach und matt. In Janosch's Buch hingegen zeigt er den Hasenkindern seine Rückseite ... Dieser Unterschied ist aber ebenso wie die Einfügung von Jochen Gummibär ... nicht geeignet, dem Kinderbuch" des Beklagten "eine solch eigenartige Prägung zu geben, dass die Züge" ... des Originalwerkes "demgegenüber verblassen könnten. Wenn, wie im vorliegenden Fall, eine auf Phantasie beruhende Fabel in ihrem Kern übernommen wird, so liegt in der Regel eine unfreie Benutzung vor." Freie Benutzung könne nur dann gegeben sein, wenn eine Fabel lediglich als Motiv gedient habe. Dies sei aber beim

109. UFITA Bd. 86 (1980), S. 289ff.

110. UFITA Bd. 86 (1980), S. 294.

Buch von Janosch gerade nicht der Fall, deshalb liege hier unfreie Benutzung vor, folgte das Gericht¹¹¹.

3.3. Die Abgrenzung in der Lehre

In der deutschen Lehre finden sich viele Ausführungen über die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung. In Verbindung mit der Rechtsprechung lassen sich im entsprechenden Schrifttum auch die verschiedensten Ansätze zur Lösung der Benutzungsproblematik erkennen. Sie nachzuzeichnen ist hier nicht Platz; es wird nur auf den heute als richtig anerkannten Ansatz eingegangen.

Einigkeit herrscht in der Lehre seit langem darüber, dass Original und Benutzung in einer Gegenüberstellung miteinander verglichen werden müssen. Dabei muss gefragt werden, welche individuellen Elemente aus dem Original auch in der Benutzung aufzufinden sind¹¹². Es ist dabei unerheblich, ob die übernommenen Elemente im Rahmen der Benutzung eine untergeordnete Rolle spielen. Entscheidend für die Qualifikation der Benutzung ist vielmehr, in welchem Ausmass diese übernommenen Elemente einer Umformung unterzogen wurden¹¹³. Für das Kriterium der freien Benutzung bestehen unter den Autoren verschiedene Formulierungen. Das wohl meist zitierte Kriterium ist dasjenige von Eugen Ulmer; für ihn wird eine Benutzung dann zum selbständigen Werk (im Sinne von § 24 Abs. 1 URG/BRD), wenn "angesichts der Individualität des neuen Werkes die Züge des benutzten Werkes ver-

111. Zur Problematik der Benutzung vermenschlichter Tiere im besonderen: Schramm (Puppen), insbesondere S. 129 und die dort zitierten Entscheide, sowie die Mecki-(III)-Entscheidung in UFITA Bd. 84 (1979), S. 202ff.

112. Statt vieler: Runge, S. 138.

113. Statt vieler: Ulmer, S. 276.

blassen¹¹⁴. Die einen Autoren ergänzen dies mit dem Hinweis, dass in der freien Benutzung die individuellen Züge des Originals in den Hintergrund treten müssen¹¹⁵; andere Autoren wollen freie Benutzung nur dann zulassen, wenn lediglich eine Anregung durch das Original stattfand. Das Kriterium des Verblassens ist heute in Lehre und Rechtsprechung (Deutschlands und der Schweiz) als richtig anerkannt. Auch wenn es den Gesetzeswortlaut verdeutlicht, lässt es viele Fragen offen und bleibt weitgehend auslegungsbedürftig.

Auf die Besonderheiten der Melodienbenutzung (§ 24 Abs. 2 URG/BRD) wird an anderer Stelle eingegangen¹¹⁶. Hier sei lediglich darauf hingewiesen, dass der starre Melodien-schutz von der Lehre teilweise massiv kritisiert wurde¹¹⁷.

4. Die Benutzung im Recht der USA

4.1. Vorbemerkung

Die Benutzungsproblematik wird im Recht der Vereinigten Staaten in einer Art gelöst, die sich von der kontinental-europäischen stark unterscheidet. Wohl wird auch im Recht der USA auf den Grad der Anlehnung abgestellt, um jene Benutzungen zu qualifizieren, die ohne Erlaubnis des Originalurhebers verwertbar sind. Doch bleibt dies nicht allein ausschlaggebend. Eine Benutzung darf nämlich immer ohne Zustimmung des Originalurhebers verwertet werden, wenn sie

114. Ulmer, S. 276.

115. So etwa Hubmann, S. 179.

116. Bussmann/Pietzcker/Kleine, S. 352.

117. Schmieder (Freiheit, S. 68ff.) hält diese Norm gar für verfassungswidrig.

den Erfordernissen des redlichen Gebrauches ("fair use") genügt. Dieses Institut ist sehr vage definiert und von Grundsätzen geprägt, die dem kontinental-europäischen Recht fremd sind. Es findet nicht nur Anwendung bei Benutzungen, sondern auch bei eigentlichen Werknutzungen¹¹⁸.

4.2. Grundsätze der Werkherrschaft

Um die Tragweite des "fair use" zu erkennen, ist auf dessen Stellung im System des Copyright Act (CA) von 1976¹¹⁹ kurz einzugehen. -- Mit § 102 CA wird das Objekt dieses Rechtsgebietes (the work) durch eine generalklauselartige Beschreibung und die ergänzende Aufzählung einzelner Werkkategorien¹²⁰ definiert. Es wird dem Urheber mittels eines Herrschaftsrechts zugeordnet, dessen Umfang in § 106 CA umschrieben ist. Dieses Recht schliesst auch die Befugnis ein, jene Werke, die sich aus dem Original ableiten ("derivative works"), selbst herzustellen oder zu autorisieren¹²¹.

118. Siehe dazu § 1 Kap. 1.

119. Das ganze Gesetz findet sich in deutscher Uebersetzung bei Norde-

mann/Roeber, S. 317ff., und bei Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert.

120. Diese Definitionsart entspricht jener von URG, URG/BRD, RBUE und WUA. Zu Einzelheiten des § 102 CA vgl. von Westerholt, S. 14f.

121. § 106 CA lautet im hier relevanten Teil:

"Subject to sections 107 through 118, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

1) ...

2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;

3) ..."

Die abgeleiteten Werke erfahren eine ausführliche Definition¹²². Gemäss § 103 a) CA¹²³ werden auch sie geschützt; ihr Schutz verbindet sich aber mit der Bedingung, dass dabei nie geschütztes Material unerlaubterweise verwendet wurde. -- Mit diesen Normen ist recht ausführlich ein Bereich umschrieben, in dem jede Benutzung dem Originalurheber vorbehalten ist. Indem in § 102 b) CA¹²⁴ noch das Gemeingut ausdrücklich vom Schutz ausgeschlossen wird, ergibt sich ein Bereich von grundsätzlich beherrschbaren Benutzungen. Er entspricht rechtsvergleichend ziemlich genau jenem der bisher dargestellten Rechtsordnungen.

122. Vgl. § 101 CA (Definitions):

"A "derivative work" is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a "derivative work".

123. § 103 a) CA hat folgenden Wortlaut:

"The subject matter of copyright as specified by section 102 includes compilations and derivative works, but protection for a work employing preexisting material in which copyright subsists does not extend to any part of the work in which such material has been used unlawfully."

124. § 102 b) lautet wie folgt:

"In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work."

4.3. Das Institut des "fair use"

Wird nun der beherrschbare Bereich verletzt, so liegt ein sogenanntes infringement vor. Gewisse Eingriffe, die in den § 107 bis 118 CA umschrieben sind, bleiben jedoch erlaubt. Bei Umformungen ist insbesondere zu prüfen, ob sich die Benutzung durch redlichen Gebrauch ("fair use") der Werkherrschaft des Originalurhebers entzieht. In diesen Fällen ist die Werkverwendung auch ohne Zustimmung des Originalurhebers gerechtfertigt¹²⁵.

Wie bereits sein Name andeutet, ist dieses Institut sehr unbestimmt. Es ist stark auf den Einzelfall bezogen und kann nur in konkreten Fällen konturiert werden. Typischerweise ist "fair use" auch nicht vom Gesetzgeber geschaffen worden, sondern ging aus einer alten Gerichtstradition hervor. Dergestalt wurde das Institut in den Copyright Act übernommen¹²⁶, in ihm aber nur in den Grundzügen umschrieben. Die Anwendung der einschlägigen Norm ist daher mit vielen offenen Fragen verbunden¹²⁷.

§ 107 CA bestimmt lediglich, dass der redliche Gebrauch eines geschützten Werkes, einschliesslich seiner Vervielfältigung zu Zwecken der Kritik, der Nachrichtenübermittlung, des Unterrichts, der wissenschaftlichen Forschung und

125. Vgl. Seltzer, S. 24.

126. Vgl. Seltzer, S. 19ff., und Johnston, S. 131f.

127. Vgl. Seltzer, S. 19, und Johnston, S. 132.

Lehre keine Urheberrechtsverletzung darstellt¹²⁸. In beispielhafter Aufzählung¹²⁹ nennt das Gesetz 4 Faktoren, die bei der Anwendung des "fair use" zu berücksichtigen sind¹³⁰:

1. der Zweck und die Art und Weise der Werknutzung
2. der Charakter des geschützten Werkes
3. der Umfang und die Benutzung des Werkteils, auf den sich die Nutzungshandlung bezieht, im Verhältnis zum ganzen Werk
4. die Konsequenzen der jeweiligen Nutzungshandlung für die normale wirtschaftliche Auswertung des Werkes.

Entscheidendes Gewicht kommt bei der Anwendung der "fair use"-Klausel der Frage zu, welche Elemente der Benutzer dem Original entnommen hat (Ziffer 3). Ohne Anwendung mathematischer Regeln¹³¹ sind dabei folgende Größen zu berücksichtigen:

128. Vgl. Sterling, S. 868.

§ 107 hat folgenden Wortlaut:

"Notwithstanding the provisions of section 106, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include

- 1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- 2) the nature of the copyrighted work;
- 3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- 4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work."

129. von Westerholt, S. 15, und Nimmer, S. 381.

130. von Westerholt, S. 15; vgl. auch Sterling, S. 868.

131. Johnston, S. 133.

sichtigen:

- der Umfang des übernommenen Materials,
- der Umfang des übernommenen Materials im Verhältnis zum Original als Gesamtwerk,
- der Umfang des übernommenen Materials im Verhältnis zur Benutzung als Gesamtwerk,
- die Bedeutung des übernommenen Materials im Original,
- die Bedeutung des übernommenen Materials in der Benutzung¹³².

Sobald die fünf Grössen eindeutig zeigen, dass das Original in wesentlichem Umfang benutzt wird, so kommt "fair use" nicht in Frage. In einem Vergleich zum schweizerischen oder deutschen Recht fällt auf, dass auch für die Anwendung der "fair use"-Klausel eine sorgfältige Gegenüberstellung von Original und Benutzung vorgenommen werden muss. Der bedeutendste Unterschied zwischen dem amerikanischen und den erwähnten europäischen Rechtsauffassungen liegt in der quantitativen Betrachtungsweise. Während diese im amerikanischen Recht eine grosse Bedeutung hat, spielt sie im schweizerischen und deutschen Recht keine Rolle. Hier wird darauf abgestellt, ob das benutzte Material unverändert übernommen oder umgeformt wurde, und in welchem Ausmass dies geschah.

Was die weiteren Kriterien zur Bestimmung des "fair use" anbetrifft, so sind diese dem europäischen Denken weitgehend fremd. Soll sich nämlich eine Benutzung von der Werkherrschaft des Originalurhebers lösen, so muss für "fair use" auch der Zweck (Ziffer 1) der Entlehnung berücksichtigt werden¹³³. Dies bedeutet etwa, dass eine Parodie we-

132. Johnston, S. 132f.

133. Vgl. Johnston, S. 133.

gen des starken öffentlichen Interesses die Freistellung eher rechtfertigt als eine Benutzung ohne parodistischen Zweck¹³⁴. Oder wenn die Natur der zur Diskussion stehenden Werke zu berücksichtigen ist (Ziffer 2), so wird die Entlehnung einer Briefstelle anders beurteilt, als die Entlehnung aus einer Rede¹³⁵. Und schliesslich geht es auch um Finanzielles, wenn noch nach dem Einfluss der Entlehnung auf den Marktwert des Originals zu fragen ist (Ziffer 4).

4.4. Zusammenfassung

Auch das Recht der USA kennt in seinem Copyright Act die Freistellung bestimmter Benutzungsformen von der Werkherrschaft des Originalurhebers. Das Gegenstück dieser freien Benutzungsformen umschreibt es allgemein und nach ähnlichen Kriterien wie die europäische Tradition. Der grosse Unterschied zwischen den beiden Rechtsauffassungen liegt aber darin, dass nach CA bestimmte Benutzungen nicht allein aufgrund ihres Abstandes zum Original freigestellt werden. Zwar spielt gemäss § 107 CA auch diese Betrachtungsweise eine gewisse Rolle, doch sind darüber hinaus verschiedene andere Kriterien zu berücksichtigen, damit "fair use" angenommen werden kann. Dieses Institut ist vor allem aus dem case law heraus zu verstehen¹³⁶. Sicherlich vermag es dem Einzelfall besser gerecht zu werden. Seine Anwendung ist aber aufwendig und kompliziert¹³⁷, und die unbestimmte Formulierung erhöht das Prozessrisiko beträchtlich.

134. Vgl. Johnston, S. 136f., und Hefti, S. 32ff.

135. Vgl. Johnston, S. 134.

136. Für Beispiele siehe Nimmer, S. 383ff., und Hefti, S. 35ff.

137. Zu den anzuwendenden Tests siehe Seltzer, S. 34f., und Hefti, S. 31f.

§ 3 Die Grundlagen der Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung

1. Einleitung

Der Schutz des Urheberrechts ist auf jene Elemente einer Schöpfung beschränkt, denen der Urheber eine individuelle Form gegeben hat. Praktisch jedes Werk ist jedoch neben individuellen Elementen auch aus solchen aufgebaut, die dem Gemeingut angehören. Wenn ein Werk nun als Ganzes wiedergegeben wird, so werden dabei notwendigerweise auch die geschützten Elemente übernommen. Finden aber nur Teile Verwendung, so kommt es darauf an, ob diese dem Gemeingut angehören oder individuellen Charakter haben, da der Urheber ja nur im letzteren Falle geschützt ist. Da bei veränderten Wiedergaben die Originalwerke sehr oft nur in Teilen benutzt werden, bedarf es zur Bestimmung des Schutzzumfanges¹ einer Werkanalyse, in der die Elemente mit individuellem Charakter zu erfassen sind.

Mit der Beschreibung dieser Elemente allein ist der Schutzzumfang gegen Benutzungen aber noch nicht definiert. Die Institute der freien und unfreien Benutzung ergeben sich nämlich durch das Ausmass der Umformung (des Originals). Der Schutzzumfang lässt sich nicht aus dem Original allein gewinnen, sondern ist insoweit relativ, als er sich erst im Vergleich mit konkret zur Diskussion stehenden Benutzungen ergibt. Im Falle der veränderten Wiedergabe wird ja nicht nur der Originalurheber, sondern auch der Benutzer

1. Zu diesem Begriff: Ulmer, S. 265ff.; Lutz (Schutzzumfang), S. 173.

schöpferisch tätig². Da letzterer sein Werk auf dem Original aufbaut, müssen die Schutzansprüche der beiden Urheber notwendigerweise miteinander in Konkurrenz treten. Sollen freie und unfreie Benutzungen sachgerecht gegeneinander abgegrenzt werden, so muss auf die (in Original und Benutzung erbrachten) schöpferischen Beiträge abgestellt werden. Im Einzelfall ist der Schutzzumfang jeweils von den konkret gegebenen Objekten her zu bestimmen³. In diesem Sinne ist die ganze Abgrenzungsproblematik von freier und unfreier Benutzung dem Werkbegriff selbst immanent⁴.

2. Die Bedeutung des Werkbegriffs

2.1. Der Werkbegriff des Gesetzes

Wenn die Rechtsordnung Herrschaftsrechte einräumt, verzichtet sie weitgehend auf die exakte Definition der entsprechenden Objekte. Vielmehr setzt sie diese als bekannt voraus und beschränkt sich darauf, allenfalls gewisse Besonderheiten expressis verbis zu regeln⁵. Die eigentliche Definition des Objektes bleibt dann Lehre und Rechtsprechung überlassen.

2. Dies ist bei der Bearbeitung und der freien Benutzung der Fall, nicht hingegen bei der Aenderung.

3. Ulmer, S. 265.

4. Schramm (Leistung), S. 229; Baumann, S. 132.

Wird die Abgrenzungsproblematik als dem Werkbegriff immanent bezeichnet, so heisst das nicht, dass sich auch die genaue Grenzziehung aus den Begriffselementen gewinnen lässt. Vielmehr besteht hier noch ein Raum, wo der Gesetzgeber mit entsprechender Formulierung der Normen das Institut an freiheitlichere oder restriktivere Voraussetzungen binden kann. Vgl. dazu auch Dietz, S. 68.

5. So bei der Legaldefinition der "Sache" in den Art. 641 bis 645 ZGB, der "Erfindung" in Art. 1 PatG oder der "Marke" in Art. 1 MSchG.

Dies trifft auch für das Objekt des Urheberrechts zu⁶. Gemäss Art. 1 Abs. 2 URG haben als Werke alle "eigenartigen Schöpfungen" zu gelten⁷. Was darunter zu verstehen ist, wird mit mehreren Beispielen aus den Schaffensbereichen Literatur, Musik und Kunst näher erläutert⁸. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass mit dem allgemeinen Begriff der "eigenartigen Schöpfung" das schützbares Werk für Grenzerscheinungen exakt genug definiert sei und daraus auch das Kriterium zur Bestimmung des Schutzzumfangs abzuleiten sei. Wie sich später zeigte, wurde mit dieser Werkdefinition aber kein Begriff angesprochen, der von allen Rechtsadressaten einheitlich gebraucht wurde. Anfangs kamen Lehre⁹ und Rechtsprechung mit dem Werkbegriff einigermaßen gut zurecht, doch zeigten sich bald Probleme im Umgang mit Grenzerscheinungen¹⁰. Als Max Kummer in seinem epochalen Werk¹¹ aufzeichnete, dass mit der bislang angewandten Werkdefinition vielen Erscheinungen im Bereich von Literatur und Kunst nicht gerecht zu werden ist, kam eine breite Diskussion um das Objekt des Urheberrechts in Gang, die vor den Landesgrenzen nicht haltmachte. Zurzeit besteht in diesen Fragen noch kein Konsens. So gibt es in der Lehre die verschiedensten Anschauungen zu den angeschnittenen Fragen, und auch die Rechtsprechung ist hier nicht wegweisend. Zudem scheint heute noch offen, welche Werkdefinition für das neue Urheberrecht gewählt wird. Wohl haben die Vorentwürfe das Werk neu definiert. Die endgültige Lösung scheint aber

6. Statt vieler: Christen, S. 23, oder Heim, S. 17f.

7. Siehe FN 5 zu § 2.

8. Siehe FN 4 zu § 2.

9. Mehr von theoretischer Relevanz waren die verschiedenen methodischen Ansätze zur Werkdefinition; siehe dazu etwa die unterschiedlichen Ansätze von Troller und Ulmer (zusammengefasst von Heim, S. 20ff., und Girth, S. 6ff.).

10. So etwa bei den Maag-Tabellen: siehe BGE 64 II 162ff.

11. Max Kummer, Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968.

noch nicht gefunden zu sein. Einmal weichen VEURG I und II in nicht unwesentlichen Punkten voneinander ab¹², und zudem ist auch der Vorschlag von VEURG II nicht unkritisiert geblieben¹³.

Diese Ungewissheiten um den neuen Werkbegriff beeinflussen auch die theoretische Abgrenzung der verschiedenen Benutzungsarten. Im Vergleich zum Originalwerk stellt die Bearbeitung eine Wiedergabe in Form eines "eigenartigen Werkes" dar (Art. 4 Abs. 1 URG), und die freie Benutzung erscheint als "neues selbständiges Werk" (Art. 15 URG); das heisst, die gesetzlichen Definitionsmerkmale haben einen starken Bezug zum Werkbegriff. -- Da für die ältere Lehre der Werkbegriff nicht wesentlich in Frage stand, konnte sie ohne Bedenken die Kriterien für freie und unfreie Benutzung mit den Elementen des Werkbegriffes verknüpfen¹⁴. Da in der heutigen Zeit über den Werkbegriff aber kein Konsens mehr besteht, ist ein anderer Ansatz zu wählen, um in den Abgrenzungsfragen doch allgemeingültige Aussagen machen zu können. Auszugehen ist vom Umstand, dass heute vor allem die Anforderungen an die urheberrechtlich schützbares Eigenart umstritten sind. Dabei erfasst die Diskussion sowohl die erforderliche Gestaltungshöhe des schützbares Werkes als auch davon unabhängige Elemente des Werkbegriffes¹⁵.

12. So umschreiben die Vorentwürfe das Werk wie folgt (je Art. 1):

VEURG I: "Werke im Sinne dieses Gesetzes sind Sprachwerke, Werke der Musik, Werke der bildenden und anderen Künste ohne Rücksicht auf Wert oder Zweck, sofern sie eine individuelle Prägung aufweisen."

VEURG II: "Werke im Sinne dieses Gesetzes sind, ohne Rücksicht auf Wert oder Zweck, Schöpfungen im Gebiet der Literatur und Kunst, sofern sie einen individuellen Charakter aufweisen."

13. Siehe dazu die Zusammenstellung bei Thoms, S. 164ff.

14. So etwa die Arbeiten von Baumann oder Weber.

15. Dies gilt etwa für die Frage, ob ein Werk zwingend von einem Menschen geschaffen sein müsse oder nicht.

Die Grundtatsache aber, dass im Urheberrecht nur Erscheinungen mit individuellen Zügen zu schützen sind, war in Doktrin und Rechtsprechung immer klar; und sie ist es auch heute. -- Nun besteht insoweit ein Zusammenhang zwischen den schützbaeren Werkelementen und der Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung, als die entsprechende Qualifikation ja nur vorzunehmen ist, wenn individuelles Material aus dem Original in der Benutzung wiedergegeben wird. Hingegen bleibt die Vorgehensweise zur Bestimmung der Benutzungsart immer dieselbe: Original und Benutzung müssen einander gegenübergestellt werden, und es ist der Grad der Abhängigkeit zu bestimmen. Wenn sich dabei zeigt, dass die Benutzung ein "neues selbständiges Werk" darstellt, ist sie als frei, andernfalls als unfrei zu qualifizieren. Mit welchem Kriterium die Schutzvoraussetzung des Originals festgelegt wurde, spielt für die eigentliche Qualifikation der Benutzung aber keine Rolle.

Die vorliegende Arbeit lässt die Zusammenhänge zwischen den -- je nach Definition -- verschiedenen Schutzvoraussetzungen und den sich für die Benutzungen ergebenden Konsequenzen weitgehend unberücksichtigt; sie konzentriert sich auf die davon unabhängigen Fragen in der Abgrenzungsproblematik. Es wird darauf abgestellt, dass ein Original vorliegt, welches die urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen mit bestimmten Elementen erfüllt, ohne dass im einzelnen darauf eingetreten wird. In diesem Sinn bleiben dann die Kernaussagen dieser Arbeit unberührt vom Ausgang der Diskussion um den neuen Werkbegriff. Auch wenn hier nicht alle angeschnittenen Fragen¹⁶ um das schutzfähige Werk aufzuzeichnen und mit den Benutzungen in Zusammenhang zu bringen

16. Thoms, S. 164 - 173.

sind, so bedarf es doch einiger Betrachtungen zu den Charakteristika des Werkes.

2.2. Das Werk als Immaterialgut

Das Werk der Literatur und Kunst ist geistiger Natur¹⁷. Objekt des Urheberrechts ist also nicht das mit unseren Sinnen wahrnehmbare künstlerisch Gestaltete, sondern das unkörperliche (geistige) Gebilde, aus welchem die Werkexemplare hervorgehen¹⁸. Es ist bereits darauf hingewiesen worden¹⁹, dass sich das Phänomen der Benutzung gerade aus der geistigen Natur des Werkes erklärt. Hier bleibt zu fragen, welche Bedeutung dieses Charakteristikum für die Abgrenzung selbst hat und wie es sich auswirkt.

Die grundsätzliche Stellung des Geistes in der realen Welt ist in unserer Kultur sehr wenig im allgemeinen Bewusstsein verankert und darüber hinaus auch philosophisch umstritten; dies vor allem, weil der Zugang zur geistigen Welt sehr erschwert ist. Das Sensorium des Menschen ist auf die körperhafte Welt ausgerichtet, und auch seine Vorstellungen orientieren sich primär am Materiellen. Die geistige Welt erschliesst sich dem Menschen grösstenteils auf mittelbarem Wege, nämlich über die Wahrnehmungen in der körperhaften Welt. -- Mittelbar sind auch die Kommunikation und die Information über die geistigen Phänomene. Eine direkte Verständigung im Geistigen ist anscheinend nicht möglich, son-

17. Dies wird im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, sondern lässt sich nur indirekt schliessen; so die ganz herrschende Lehre (statt vieler: Troller/Troller, S. 10ff., oder Baumann, S. 5) und die konstante höchstrichterliche Rechtsprechung (dazu die Uebersicht bei Allemann, S. 24).

18. Zum Unterschied von Werk und Werkexemplar siehe etwa Ulmer, S. S. 12ff., oder Allemann, S. 33ff.

19. Siehe § 1 Kap. 1.

dern sie erfolgt via Mitteilung im Körperhaften (z.B. gesprochene oder geschriebene Sprache, Bildgestaltungen, Töne). Dies muss aber zu Schwierigkeiten und Unexaktheiten führen. Daher scheinen sich auch keine genauen Massstäbe für geistige Grössen finden zu lassen.

Generell ist die geistige Welt als die Welt des Unkörperlichen, also der Ideen, der Einfälle²⁰, der Gedanken, der Abstraktionen, der Begriffe (Vorstellungen), der Anschauungen und der Einsichten zu beschreiben. In der geistigen Welt gibt es unendlich viele einzelne Güter. Sie lassen sich mit verschiedenen Kriterien in Gruppen zusammenfassen, von denen rechtlich jedoch nur wenige eine Rolle spielen²¹. Es geht der Rechtswissenschaft also nicht darum, alle geistigen Güter zu erfassen und einzuteilen, sondern sie will nur die als Rechtsobjekte bestimmten Immaterialgüter möglichst exakt definieren.

Diese Aufgabe ist gerade im Bereich von Literatur und Kunst äusserst schwierig. Einmal umfasst der Werkbegriff in seiner Abstraktheit ganz verschiedenartige Erscheinungen, wie zum Beispiel den Buchtitel neben der Skulptur, die Landkarte neben der Oper oder die Choreographie neben dem Comic strip. Aus dieser Abstraktheit ergeben sich Schwierigkeiten bei der Einordnung von bestimmten Phänomenen. Zudem lassen sich im Bereich von Literatur und Kunst für die Umschreibung des Werkbegriffs nur mit Mühe Kriterien finden, denen intersubjektiv überprüfbare Massstäbe zugrunde liegen. Der Künstler drückt sein in gedanklicher Vorstellung gebildetes Werk in der körperhaften Welt aus²², und der "Kunstkonsum-

20. Runge, S. 18.

21. Troller/Troller, S. 9ff.

22. Siehe dazu die Ausführungen im folgenden Kapitel.

ment" seinerseits transformiert das Wahrgenommene wieder in ein geistiges Gebilde zurück, wobei er es regelmässig mit persönlichen Elementen durchmischt.

Es ist also praktisch unmöglich, in diesem Bereich ein Objekt klar zu definieren²³. Vielmehr erscheint das Werk als gewissermassen amorphes Gebilde mit instabilen Randzonen. Wenn nun aber bereits das Originalwerk unklar definiert ist, so müssen sich besondere Schwierigkeiten ergeben, wenn es gilt, Benutzungen als frei oder unfrei zu qualifizieren. Die Benutzung ist ja durch Umformung des Originals entstanden, weshalb auf jeden Fall eine Verwandtschaft zwischen diesen beiden Phänomenen besteht. Die Bestimmung der Benutzungsart muss über einen Vergleich zweier konkret in Frage stehender Werke erfolgen. Es ist klar, dass sich dabei die unpräzise Werkdefinition besonders unangenehm bemerkbar macht und es sich als praktisch unmöglich erweisen muss, für die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung ein eindeutiges Kriterium zu finden. So hat denn nicht nur das Gesetz unbestimmte Rechtsbegriffe gewählt. Auch mit den Definitionsmerkmalen der Lehre wird die freie Benutzung als abstraktes Gebilde nicht vorstellbar. Nur im Einzelfall kann durch Auslegung ermittelt werden, welche Benutzungsart vorliegt²⁴.

2.3. Das Werkschaffen als Formgebung

Die urheberrechtlich relevante Tätigkeit (in Originalen und Benutzungen) ist immer Formgebung²⁵. Der Urheber hat seine

23. Die Unbestimmtheit der gesetzlichen Werkdefinition darf also nicht mit einer unzulänglichen Formulierung erklärt werden; sie ergibt sich aus der Natur der Sache selbst.

24. Rothmund, S. 126.

25. So sagt das Bundesgericht in den Erwägungen zum Maag-Tabellen-Entscheid (64 II 165): "Dieser Schutz [des URG] beschränkt sich aber auf den konkreten Ausdruck der Idee, er ist insofern Formschutz."

gedanklichen Vorstellungen, wie das Werk oder die Benutzung gestaltet sein sollen. Erst wenn er diese Vorstellungen mit Hilfe eines bestimmten Ausdrucksmittels (Sprache, Flächengestaltung, Ton) ausformt und der Aussenwelt mitteilt, kann der urheberrechtliche Schutz einsetzen. Nun gibt es aber kein allgemeines Definitionsmerkmal für diese Formen. Denn gerade hier öffnet sich das breite Spektrum des künstlerischen Schaffens, das in den verschiedenen Werkkategorien völlig unterschiedliche Ausdrucksformen kennt. Es kommt also darauf an, diese Formen am konkreten Einzelfall zu beschreiben. Dies ist für die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung von entscheidender Bedeutung. Da die Methode der Qualifikation einer Benutzung in einer Gegenüberstellung von Original und Benutzung besteht²⁶, müssen die charakteristischen Formen dieser beiden Werke exakt beschrieben werden.

Die Form der Werke hat in der urheberrechtlichen Doktrin eine sehr bedeutende Rolle gespielt. Es wurde nämlich versucht, die "Form" als Kriterium für die Trennung von schützbaeren und unschützbaeren Werkteilen heranzuziehen. Dies geschah dadurch, dass man die "Form" in einen Gegensatz zum "Inhalt" brachte. Schützbaer war nur die Form, der Inhalt dagegen blieb als Allgemeingut von diesem Schutz ausgeschlossen²⁷. Bei Uebernahme des Inhalts allein war demnach immer freie Benutzung gegeben; unfreie Benutzung kam a priori nur bei einer Anlehnung an die Form in Frage²⁸. Konnte eine solche Anlehnung festgestellt werden, so

26. Siehe § 4 Kap. 2.

27. Weber, S. 33ff., oder Baumann, S. 9.

28. Siehe auch BGE 85 II 129 (Sherlock Holmes), wo unter Berufung auf die dort angegebene Literatur ausgeführt wird: "Wer das Werk eines anderen bearbeitet, übernimmt seinen Inhalt und ändert nur die Form".

galt es noch, die weitere Unterscheidung in die "innere" und die "äussere" Form zu treffen: War nur die äussere Form des Originals abgeändert, die innere Form aber "identisch"²⁹ in die Benutzung übernommen, so lag unfreie Benutzung vor. Freie Benutzung war nur da möglich, wo diese Identität aufgehoben war³⁰. -- Lehre und Rechtsprechung haben später erkannt, dass die Unterscheidung von innerer und äusserer Form sowie von Form und Inhalt nicht mit ausreichender Exaktheit getroffen werden kann. Zudem ist klar geworden, dass der so abgesteckte Schutzzumfang weder dem Wesen des Werkes noch den Bedürfnissen der Urheber gerecht zu werden vermag³¹. Deshalb sind Lehre und Rechtsprechung zur Unterscheidung von individuellen und nicht-individuellen Elementen übergegangen, um das Geschützte vom Ungeschützten zu trennen. Damit hat aber auch das Gegensatzpaar von "Form" und "Inhalt" für die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung ausgespielt³².

Nach heute herrschender Ansicht ist urheberrechtlich also all das zu schützen, was Ausformung einer Individualität im Bereich von Literatur, Musik oder Kunst darstellt. Diese Individualität kann sowohl in der direkt wahrnehmbaren Form (Sprachform eines Gedichtes) oder in einer inhaltlichen (Handlungsschema bestimmter Romanfiguren) liegen.

Gerade für die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung erweist es sich als entscheidend, dass der urheberrechtli-

29. Es erweist sich als denkbar ungeeignet, einen der Mathematik entlehnten Begriff (Identität) auf geistige Gebilde anzuwenden, da diese gar nicht exakt definierbar sind; siehe § 3 Kap. 2.2.

30. Vgl. Rothmund, S. 129f. (unter Berufung auf Allfeld, S. 37 bzw. 162), Heuberger, S. 65f., oder Weber, S. 49.

31. Siegwart, S. 24.

32. Ulmer, S. 119ff.

che Schutz auf konkret beschreibbare Formen beschränkt bleibt. Ohne dies droht die Gefahr, dass "Schöpfungen" zu schützen sind, die Anweisungen darstellen und die noch verschiedene Konkretisierungen zulassen³³. All die (nach der Anweisung hergestellten) Werke wären dann als "Wiedergaben" (also unfreie Benutzungen) zu qualifizieren. Dies aber würde dem Urheberrecht nicht gerecht, weil das subjektive Recht überdehnt würde. Ebensovienig wie die Anweisungen sind auch die reinen Ideen urheberrechtlich schützbar³⁴. Ueber Wallensteins Leben ein Stück zu schreiben und dafür die historischen Fakten heranzuziehen, ist eine nicht geschützte Idee. Das Drama von Schiller aber hat eine ganz konkrete Form und ist deshalb ein Werk im Sinne von Art. 1 URG. Oder ein bestimmtes Gesetz Artikel für Artikel zu kommentieren ist ungeschützte Idee; erst allfällige Besonderheiten der Anordnung und die konkrete Wortwahl sind jene Formen, die schützbar sind. Zwar schützt das Urheberrecht grundsätzlich³⁵ auch unvollendete Werke³⁶ und Entwürfe; dies aber

33. Die Problematik der Schutzzfähigkeit von Anweisungen hat einerseits mit den Computerprogrammen und andererseits mit jüngeren Tendenzen im Bereich der bildenden Kunst eine neue Dimension erhalten. So wird heute danach gefragt, ob auch "Werke" aus dem Bereich der Konzeptkunst urheberrechtlich schutzzfähig seien. Während Kummer (Subjektives Privatrecht, S. 130ff.) mit seinem "Fundamentalsatz" jeder Anweisung den Schutz versagen will, vertritt Vischer (S. 261) die Meinung, auch solche Phänomene seien mit einem offenen Werkbegriff und abgestuftem Schutz zu erfassen. -- Diese Lehre betrifft aber die Abgrenzungsproblematik von freier und unfreier Benutzung nicht, als auch Vischer dafürhält, dass der Schutz gegen die unfreie Benutzung erst beim "individuellen Werk" einsetzt, das aus dem Konzept hervorging (S. 260). Offen lässt er dabei allerdings die Frage, wie zu urteilen ist, wenn das Konzept selbst einer Benutzung zugeführt wird. Gerade für diesen Fall wäre aber nicht mehr zu entscheiden, was freie und was unfreie Benutzung ist, da ein solches Konzept zu abstrakt ist. Die Abgrenzung der Benutzungen bedarf konkret beschreibbarer Formen.

34. Dies ist ganz herrschende Lehre; siehe etwa Zschokke, S. 86, Lutz (Schraken), S. 20, Baumann, S. 9, oder Siegwart, S. 24.

35. Sofern der Werkcharakter dafür gegeben ist.

36. Statt vieler: Baumann, S. 36.

nur unter der Bedingung, dass sie eine konkret mitteilbare Form haben. Bleiben solche Entwürfe im Stadium einer Idee stecken, so tritt ebensowenig wie für den in einer individuell gestalteten Form liegenden Ideengehalt ein Schutz ein. Da auch die Idee mitteilbar ist, bleibt ihre Abgrenzung zur "Form" nicht ohne Probleme. Die urheberrechtlich relevante Form muss jedenfalls immer eindeutig fassbare und beschreibbare Konturen haben. Demgegenüber lässt die Idee stets verschiedene Konkretisierungsformen zu.

Dem Erfordernis konkreter Formgebung werden auch die verschiedenen Stilformen und die einzelnen Schaffensarten (Gattungen) nicht gerecht. Stil oder Schaffensart sind nicht Ausformungen einer bestimmten gedanklichen Vorstellung, sondern besondere Formen von Anweisungen. Mit der Beherrschung des Stils lässt sich nach einem ganz bestimmten Schema gedankliche Vorstellung in eine urheberrechtlich relevante Form bringen. Erst an dieser wird ein Schutz möglich. Obwohl ein Stil etwas sehr Eigenartiges, ja sogar Persönliches sein kann, ist er als Anweisung urheberrechtlich nicht schützbar. So kann es niemandem verwehrt sein, ein Bild im impressionistischen Stil zu malen, einen Blues zu komponieren oder eine sich bewegende Skulptur zu schaffen³⁷.

2.4. Der individuelle Charakter des Werkes

Das urheberrechtlich schützbares Werk muss eine "eigenartige Schöpfung" sein. Mit dieser "Eigenart"³⁸ (oder dem Synonym

37. Statt vieler: Kummer (Werk) S. 52ff.

38. So Art. 1 Abs. 2 URG mit dem Kriterium der "eigenartigen Schöpfung" und Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG mit der Definition der Bearbeitung als einem "eigenartigen Werk".

"Individualität"³⁹⁾ ist das zentrale und vieldiskutierte Definitionsmerkmal des Werkes angesprochen, dem auch in der Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung eine grosse Bedeutung zukommt. Das Vorhandensein individueller Züge ist nicht nur die ausschlaggebende Voraussetzung für den Schutz des Werkes; mit den individuellen Elementen (im Original und in der Benutzung) ist auch der Schutzzumfang gegen veränderte Wiedergaben abzustecken. Im Falle der Umformung eines Werkes ist ja ein Urheber nur geschützt, wenn individuelles Material übernommen wurde; das in seinem Werk verwendete Gemeingut ist demgegenüber für jede Art Wiedergabe immer frei. Wie sich an verschiedenen Beispielen in der Rechtsprechung zeigen lässt, bereitet die Trennung von individuellen Elementen und dem Gemeingut in der Praxis oft Schwierigkeiten. In manchem Entscheid kommt diesen Fragen die grössere Bedeutung zu als der eigentlichen Qualifikation der Benutzung⁴⁰⁾.

Die Bestimmung der individuellen Elemente einer Schöpfung ist mit Schwierigkeiten verbunden, weil die Definitionsmerkmale des Werkes heute umstritten sind. So herrscht Uneinigkeit darüber, welches die minimale Gestaltungshöhe für schützbares Individualität ist. Diese Frage lässt sich nicht schlüssig an Hand des Gesetzes beantworten (aus den erwähn-

39. VEURG I verlangt "individuelle Prägung", VEURG II "individuellen Charakter". (Siehe die einschlägigen Normen in FN 12 zu § 3.)

40. Siehe etwa BGE 85 II 120ff. (Sherlock Holmes), zusammengefasst in § 2 Kap. 1.1.2., oder BGE 88 IV 123ff. (Schreibmaschinen-Kurs). Im letzteren Fall hatte das Bundesgericht folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Einem Lehrkurs für Maschinenschreiben wurden ohne Erlaubnis seines Urhebers einzelne Musterbriefe, Anleitungen und Erläuterungen sowie Fingerübungen entnommen und in einem anderen Lehrkurs verwendet. Das Bundesgericht erkannte, dass im vorliegenden Fall die Briefe Gemeingut darstellen und deren Uebernahme daher erlaubt war; als geschützte Werkteile erachtete es hingegen die Anleitungen und Erläuterungen sowie die Fingerübungen. Diese seien in unzulässiger Weise in der Benutzung wiedergegeben worden, was zur Bestrafung der Benutzerin führte.

ten Gründen ist die entsprechende Diskussion hier nicht nachzuzeichnen⁴¹). -- Auch unabhängig von der Auseinandersetzung um den Werkbegriff ergeben sich immer wieder Abgrenzungsprobleme zwischen individuellen Elementen und jenen des Gemeingutes. Wohl setzt sich das Individuelle gerade durch seine Eigenart vom Gemeingut ab. Der Gegensatz zum Gemeingut ist aber in der Praxis oft nur schwer beschreibbar. Denn zum einen ist das Gemeingut nichts Abgeschlossenes, das eindeutig auf seinen Bestand hin überprüft werden könnte. Im Bereich des Gemeingutes werden aus einem immensen Reservoir laufend neue Formen hervorgebracht oder bekannte leicht abgewandelt, ohne dass dabei urheberrechtlich schützbares Individualitäten entstünden. Ein Brief einfacher Form mit einem alltäglichen Inhalt ist urheberrechtlich nicht schutzbar⁴²; doch besteht kein Zweifel, dass es auch schützbares Werke in Form von Briefen gibt. Es versteht sich von selbst, dass es schwerfallen muss, hier eine Grenze zu finden. So bestehen fließende Uebergänge zwischen dem Gemeingut und dem Eigenartigen.

Dem Gemeingut gehören ganz verschiedene geistige Phänomene an⁴³. Es sind dies:

- Die allgemeinen Ausdrucksformen. Jede Kultur hat eine Vielzahl davon; sie sind jedermann bekannt, und über sie erfolgt die Verständigung in der Allgemeinheit. Weil solche Elemente des Gemeingutes vorbestehend sind und von den Urhebern nur verwendet, nicht aber geschaffen werden, werden sie nicht monopolisiert; sie dürfen also auch aus einem bestimmten Werk entnommen werden.

41. Siehe § 3 Kap. 2.1.

42. Siehe BGE 88 IV 128f. (Schreibmaschinen-Kurs).

43. Siehe auch die Definition des Gemeingutes in § 102 b) CA (wiedergegeben in FN 124 zu § 2).

- Historische Ueberlieferungen, wissenschaftliche und technische Erkenntnisse, geistige Strömungen und Weltanschauungen, moralische und religiöse Ueberzeugungen⁴⁴.
- Das Alltagsgeschehen. Seine Beschreibung ist urheberrechtlich immer erlaubt.
- Werke, deren Schutzfrist abgelaufen ist⁴⁵.
- Anweisungen und reine Ideen. Wie bereits dargelegt wurde⁴⁶, sind diese Formen urheberrechtlich nicht ausreichend konkretisiert.

Ein Werk ist sowohl gegen ganzheitliche wie auch gegen teilweise Wiedergabe geschützt⁴⁷. Der Schutz an einem Werkteil besteht aber nur, wenn dem verwendeten Element Werkcharakter im Sinne der allgemeinen Bestimmungen zukommt; ein schützbarer Werkteil muss also eine individuelle Form haben, mit der eine gedankliche Vorstellung zum Ausdruck gebracht wird. Dazu ist eine gewisse Abgeschlossenheit erforderlich.

In diesem Zusammenhang ist auch anzuführen, dass an dem in Literatur, Musik oder Kunst Geschaffenen nur dann ein urheberrechtlicher Schutz möglich ist, wenn die gedankliche Vorstellung überhaupt auf verschiedene Arten zum Ausdruck gebracht werden kann. Ist die Mitteilung einer Idee auf ei-
ne Form festgelegt (zum Beispiel auf die chemische Formel)⁴⁸, so ist die Form zwar einmalig, aber nicht indivi-

44. Hubmann, S. 32f.

45. Art. 36ff. URG.

46. Siehe § 3 Kap. 2.3.

47. Siehe BGE 88 IV 127 (Schreibmaschinen-Kurs), zusammengefasst in FN 40 zu § 3.

48. Siehe dazu insbesondere die Ausführungen zum wissenschaftlichen Werk in § 5 Kap. 4.3.1.

duell (im Sinne des Urheberrechts). Deshalb kann ihr niemals urheberrechtlicher Schutz zuteil werden⁴⁹.

Die Auseinandersetzung mit den individuellen Elementen muss nach rein objektiven Gesichtspunkten erfolgen⁵⁰. Für die Qualifikation einer Benutzung darf es nämlich nicht auf subjektive Umstände beim Benutzer ankommen. Es ist unerheblich, ob der Benutzer das Original bewusst umgestaltet, sich durch unbewusste Kenntnis daran anlehnt oder rein zufällig etwas dem Original Ähnliches schafft. Sobald der Abstand genügend gross ist, muss in allen Fällen auf freie Benutzung erkannt werden. -- Subjektive Umstände spielen nur bei den allfällig eingetretenen Urheberrechtsverletzungen durch eine unfreie Benutzung eine Rolle (diese Fragen werden im Rahmen der vorliegenden Arbeit aber nicht behandelt).

2.5. Ergebnis

Soll mit dem Urheberrecht konsequent die schöpferische Leistung geschützt werden, so darf die Rechtsordnung nicht bei den Originalwerken haltmachen, sondern muss auch die Benutzungen mitberücksichtigen. Wegen der besonderen Natur des Werkes und der darauf basierenden Benutzungen müsste es sich als völlig unpraktikabel erweisen, dem Urheber an seiner Schöpfung ein alles umfassendes geistiges Eigentum einzuräumen, mit dem alle vom Werk abgeleiteten Phänomene beherrschbar wären. Ein Werk lässt sich durch Umformungen so stark verändern, dass im Grenzfall nicht mehr zu entscheiden ist, was Benutzung darstellt und was nicht. Das Urheber-

49. Siehe etwa BGE 88 IV 126 (Schreibmaschinen-Kurs), zusammengefasst in FN 40 zu § 3.

50. Vgl. Christen, S. 39f.

berreicht muss sich an konkret beschreibbaren Formen orientieren und darf seinen Schutz nur bis dorthin gewähren, wo die Konturen der originalen Form noch klar erkennbar sind. Deshalb muss die Herrschaft des Originalurhebers begrenzt sein, und die sehr weitgehend umgestalteten Formen dürfen von ihr nicht mehr erfasst werden.

Ein alles umfassendes geistiges Eigentum würde dem Kulturleben unvertretbare Hindernisse auferlegen⁵¹. Das Geistesleben braucht nicht nur das Gemeingut als Fundus allgemein zugänglicher Formen und Phänomene, sondern es muss sich in einem gewissen Masse mit den von seinen Künstlern geschaffenen Formen auseinandersetzen dürfen. Dazu braucht es nicht nur einzelne Herrschaftsschranken zugunsten der Allgemeinheit⁵², sondern auch die Möglichkeit einer Bezugnahme der Künstler auf andere Werke. Diesem Erfordernis ist mit dem Institut der freien Benutzung gerecht zu werden.

Das für die Abgrenzung der Benutzungsformen entscheidende Element des Werkbegriffes ist die Individualität. Sie stellt nicht nur die allgemeine Voraussetzung für den Schutz einer Schöpfung, sondern auch jenes Element dar, mittels welchem Werk und Benutzung zu vergleichen sind. Entscheidend für die Beschreibung dieser Individualität ist ihre konkrete Form.

51. Vgl. Zschokke, S. 84ff.

52. Siehe den Ueberblick bei Reh binder, S. 355.

3. Benutzungsformen und Schutzausnahmen

3.1. Die Sicht des Originalurhebers

Das subjektive Urheberrecht ist ein gegenüber jedermann durchsetzbares Herrschaftsrecht. Doch ist der Inhalt⁵³ durch Schutzausnahmen beschränkt⁵⁴. Unter Bezugnahme auf die verschiedenen Interessenpositionen unterscheidet die Lehre⁵⁵ die Schranken zugunsten des Rechts am eigenen Bild, des Privatgebrauches, der Allgemeinheit, der Kulturwirtschaft sowie von Kunst und Wissenschaft; die zeitliche Schranke⁵⁶ vervollständigt dieses System. Das Institut der freien Benutzung wird den Schranken zugunsten von Kunst und Wissenschaft zugeordnet⁵⁷. Es ist hier den Fragen nachzugehen, inwieweit das Institut der freien Benutzung tatsächlich eine Schutzausnahme darstellt, wie es mit den übrigen Schutzausnahmen vergleichbar ist und wie es in ihr System eingeordnet werden kann. Grundsätzlich sind die Schutzausnahmen als Einbrüche in eine ideale (d.h. umfassende) Werkherrschaft zu verstehen. Sie werden vom Gesetzgeber statuiert, um gewissen Interessen Rechnung zu tragen.

Das Institut der freien Benutzung weist eine Eigenheit auf, die nicht ins Bild der übrigen Schutzausnahmen passt. Wie bereits gezeigt wurde⁵⁸, liegt die Existenz der freien Benutzung weitgehend im Werkbegriff selbst begründet, ist diesem immanent. Das zeigt sich insbesondere daran, dass

53. Art. 12ff. URG.

54. Art. 22ff. URG.

55. Rehbinders, S. 355; Hubmann, S. 171ff.

56. Gemäss Art. 36ff. URG.

57. Rehbinders, S. 355; Hubmann, S. 178ff.

58. Siehe § 3 Kap. 2.5.

es das Institut der freien Benutzung im URG in allen Werkkategorien gibt, obwohl es explizit nur für die Melodie geregelt ist. Seine Existenz ist an sich zwingend, während dies für die übrigen Schutzausnahmen nicht zutrifft. Aus der Natur der Sache heraus unterscheidet sich das Institut der freien Benutzung also grundsätzlich von den übrigen Schutzausnahmen. Trotzdem besteht auch eine Verwandtschaft. Bezogen auf ein ideales (umfassendes) geistiges Eigentum hat die freie Benutzung nämlich tatsächlich die Funktion einer Schutzausnahme, indem dem Urheber in diesem Bereich die Beherrschung seiner Schöpfung verwehrt ist⁵⁹. So ist die Einordnung der freien Benutzung ins System der Schutzausnahmen durchaus gerechtfertigt.

Das Institut der freien Benutzung tritt als Schranke im gesamten Werkschaffen auf. Wie die zeitliche Schranke⁶⁰ oder die grundsätzlich freie Wiedergabe zum Privatgebrauch⁶¹ besteht sie in allen Werkkategorien. Demgegenüber sind die restlichen Schutzausnahmen auf bestimmte Werktypen⁶² oder Benutzungsarten⁶³ fixiert, und die freie Werknutzung wird dabei an ziemlich restriktive Bedingungen geknüpft. Eine Besonderheit der freien Benutzung liegt darin, dass stets eine Umformung (zum selbständigen Werk) stattfinden muss, während bei den übrigen Schutzausnahmen die direkte Werknutzung im Vordergrund steht und die veränderten Wiederga-

59. Siehe zur Einordnung des Institutes der freien Benutzung im URG: FN 24 zu § 2.

60. Art. 36ff. URG.

61. Art. 22 URG.

62. Art. 23 URG. Nicht geschützt sind etwa Gesetze, Behördenprotokolle, Patentschriften etc. (dazu Rehbinder, S. 358ff.).

63. Siehe beispielsweise Art. 27 URG.

ben entweder keine Rolle spielen oder nur in einem eng beschränkten Rahmen zulässig sind⁶⁴.

3.2. Die Sicht des Benutzers

Der Originalurheber kann die unfreien Benutzungen grundsätzlich beherrschen, während die freien Benutzungen seiner Herrschaft entzogen sind. Es bleibt hier noch aus der Sicht des Benutzers zu fragen, inwieweit mit den Instituten der Aenderung, der Bearbeitung und der freien Benutzung seine Schöpfung geschützt respektive sein Recht beschränkt wird.

Gelingt es einem Benutzer, die Voraussetzungen der freien Benutzung zu erfüllen, so räumt ihm das Recht den vollen Schutz ein, wie er für alle anderen Werke auch besteht. Das heisst, dass die freie Benutzung selbst gegen unfreie Benutzungen geschützt ist, sich aber die freie Benutzung ihrerseits gefallen lassen muss. Mit der ersten freien Benutzung ist die Beziehung zum Original dergestalt abgeschnitten, dass der Originalurheber auf unfreie Zweitbenutzungen keinen Zugriff mehr hat.

Im Bereich der unfreien Benutzungen verhält es sich so, dass die Bearbeitung gemäss Art. 4 Abs. 1 URG einen Schutz erhält, der jenem des Originals gleichgestellt ist und damit auch den gleichen Schranken unterliegt. Der einzige Unterschied besteht darin, dass dem Recht des Benutzers dasjenige des am Original Berechtigten vorbehalten bleibt. Dieser Vorbehalt erscheint aber nicht als eine Schutz Ausnahme, sondern macht nur die Verwertung der Benutzung von

64. Nach Ablauf der Schutzfrist ist die Nutzung auch in jeder Intensität von Umformung ausnahmslos möglich, weshalb hier die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung irrelevant ist.

der Einwilligung des am Original Berechtigten abhängig. Demgegenüber wird die von einem Benutzer in einer Aenderung erbrachte Leistung überhaupt nicht geschützt. Sie wird gleichsam zum nicht geschützten Objekt⁶⁵ erklärt. Aus der Sicht ihres "Schöpfers" besteht hiefür eine eigentliche generelle Schutz Ausnahme.

4. Die Interessensphäre

4.1. Einleitende Bemerkungen

Bei der Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung spielt die teleologische Gesetzesauslegung eine Rolle. Sie arbeitet vorwiegend mit der Analyse der einer Norm zugrunde liegenden Interessen, deren Ausgleich Zweck der Norm ist. Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Thema gilt es, die an Originalwerk und Benutzung bestehenden Interessenpositionen darzustellen, zu analysieren und zu bewerten. Als solche stehen jene von Originalurheber und Benutzer selbst im Vordergrund; doch sind auch die Interessen der Allgemeinheit und der Kulturwirtschaft mitzuberücksichtigen. Was nun die Erfassung dieser vier Interessenpositionen anbelangt, so stellen sich zwei grundlegende Probleme: die unbekannten Wirkungszusammenhänge (a) und die anzuwendende Methode (b).

a) Zur Erforschung der Interessen bedarf es der exakten Kenntnis der Wirkungszusammenhänge zwischen einem angestrebten Zustand und der zu dessen Erreichen nötigen rechtlichen Regelung. Im Bereich des vorliegenden Themas ist weitgehend ungeklärt, inwieweit zum Beispiel ein kleiner

65. Analog den Gesetzen, Behördenprotokollen, Patentschriften etc. (Art. 23 URG).

Herrschaftsbereich des Originalurhebers tatsächlich zu einer wirtschaftlichen Werkauswertung durch Dritte führt⁶⁶. Diese Zusammenhänge sind nicht erforscht, weil das Kulturleben selbst sehr vielen nicht determinierbaren Einflüssen unterliegt. Es ist praktisch unmöglich, Konstellationen zu finden oder zu schaffen, in denen diese Zusammenhänge modellartig durchgespielt, beobachtet und verglichen werden können.

Solange aber die Wirkungszusammenhänge unbekannt sind, können auch die an der rechtlichen Regelung bestehenden Interessen nur schwer ermittelt werden; das Interesse richtet sich nämlich primär auf den tatsächlichen Zustand und nur mittelbar auf die Rechtsnorm. Da dem Rechtsadressaten aber die Zusammenhänge zwischen dem gewollten tatsächlichen Zustand und der dafür notwendigen rechtlichen Regelung unbekannt sind, wäre auf ein rein subjektives Kriterium abzustellen: Welche Regelung erachtet er als nötig, um die von ihm gewünschten tatsächlichen Verhältnisse zu bewirken?

b) Bislang sind die Interessen aber auch nach dieser Methode nicht untersucht worden. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, sie mittels exakt-wissenschaftlichen Vorgehens zu ergründen. Es muss genügen, die Grundlagen dieser Interessenpositionen durch rein gedankliche Analyse auszu-leuchten.

66. So wäre es zum Beispiel bedeutsam zu wissen, wie sich die Filmproduktion entwickeln würde, wenn die Synchronisation weltweit frei wäre.

4.2. Die Interessenposition des Originalurhebers

Der freischaffende Künstler, der von seiner Kunst lebt, hat "Konsumenten" zu finden, die für den Kunstgenuss ein Entgelt bezahlen. Der Berufskünstler will das Werk also (gewinn-)optimal verwerten können. Da Benutzungen die Verwertung beeinflussen, hat der Originalurheber ein Interesse daran, sie möglichst umfassend zu beherrschen. Zwar will er die Verwertungsmöglichkeit seines Werkes durch Benutzungen erweitert haben; dies aber nur unter der Voraussetzung, dass er Nutzniesser ist, also das Werk auch in diesen veränderten Formen beherrschen kann. Er muss auch verhindern können, dass Benutzungen auf den Markt kommen, die um seine Autorenentschädigung billiger sind. Dies würde ihn auch von der preislichen Seite her am Markt benachteiligen⁶⁷.

Der "Feierabendkünstler", der nicht von seiner Kunst leben kann (oder will), hat ebenfalls ein Interesse daran, dass nicht andere Personen sein Werk wirtschaftlich auswerten und sich an seiner Schöpfung bereichern -- auch wenn er selbst dazu nicht in der Lage oder willens ist. Er hat also das gleiche Anliegen wie der Berufskünstler: Er will eine möglichst weit auf Benutzungen ausgedehnte Werkherrschaft.

Der im Arbeitsverhältnis tätige Originalurheber hat seine Rechte am Werk an den Arbeitgeber⁶⁸ abgetreten. Das kann aber nicht heissen, dass er jedes Interesse an seiner Schöpfung verliert. Nicht nur, dass er eine natürliche Beziehung zum Werk beibehält; er weiss auch, dass sein "Marktwert" steigt, wenn sich seine Produkte gut verkaufen.

67. Armin Meyer, S. 26f.

68. Die Interessen des Arbeitgebers selbst werden in § 3 Kap. 4.5. behandelt.

Daher liegen seine Interessen mit jenen des freischaffenden Künstlers gleich.

Was nun die ideellen Interessen anbetrifft, so geht es allen Künstlern darum, ihre Persönlichkeit, so wie sie sich im Werk manifestiert, schützen zu können. Von jeder Benutzung droht die Gefahr der Werkverunstaltung und der Verletzung der Urheberpersönlichkeit⁶⁹.

Zusammenfassend zeigt sich, dass die Originalurheber, gleich welcher Gruppierung sie angehören, ein eminentes Interesse an der Beherrschung aller Benutzungen haben⁷⁰.

4.3. Die Interessenposition des Benutzers

Auch der Benutzer will seine schöpferische Leistung gegen veränderte und unveränderte Wiedergaben geschützt haben. Bezüglich der Ausdehnung der Werkherrschaft des Originalurhebers besteht das konträre Interesse an der Freiheit der Benutzung. Mit anderen Worten will der Benutzer keine Ausdehnung der Werkherrschaft des Originalurhebers; seine Schöpfung aber soll geschützt werden.

4.4. Die Interessenposition der Allgemeinheit

Die Interessen der Allgemeinheit an den Werken der Literatur und Kunst und an den Benutzungen sind keineswegs homogen, sondern vielschichtig und differenziert. Die Allgemeinheit ist Trägerin der Gesamtkultur, die wesentlich in den Werken der Literatur und Kunst zum Ausdruck gebracht

69. So will der Urheber Gewähr dafür haben, dass auch in der Benutzung, die mit ihm in Zusammenhang gebracht wird, die persönliche Note des Werkes gewahrt bleibt. Siehe Armin Meyer, S. 26.

70. Für die Uebersetzung siehe Armin Meyer, S. 26.

wird. Im Rahmen einer Kulturförderung besteht einmal ein politisches Interesse daran, dass Werke der Literatur und Kunst in grosser Zahl und qualitativ hochwertig hergestellt werden. Dies wird der Fall sein, wenn ein starker Urheberrechtsschutz besteht, der die Beherrschung vieler Benutzungen erlaubt. Andererseits ist die Allgemeinheit auch Repräsentantin der Kunstkonsumenten, des wirtschaftlichen Gegenparts der Urheber. Das bedeutet, dass sie bestrebt ist, zu möglichst günstigen Konditionen und Preisen zu den von ihr gewünschten Werken zu kommen. Aus dieser Sicht besteht kein Interesse an einem starken Urheberrechtsschutz, der auf alle denkbaren Benutzungen ausgedehnt ist. Denn je stärker der Schutz ist, desto eher wird den Urheberrechts-Inhabern eine monopolistische Preisbestimmung möglich. In analoger Richtung wirkt sich auch das Freihaltebedürfnis aus: Die Allgemeinheit will, dass gewisse Formen und Werke frei sind. Dadurch wird nicht nur die kritische Auseinandersetzung mit der Kunst möglich, sondern es bleibt allen potentiellen Künstlern die Möglichkeit offen, sich an die Formen der Meister anzulehnen.

Auch die Benutzungen sind ein wertvolles Kulturgut, das die Allgemeinheit grundsätzlich fördern will. Als Kunstkonsumentin hat sie jedes Interesse daran, die Vorteile und Bequemlichkeiten der Benutzungen (beispielsweise in Übersetzungen) für sich in Anspruch zu nehmen. Aus diesem Grund will die Allgemeinheit einen Schutz der Benutzungen⁷¹.

Zusammenfassend lässt sich eine gesplittete Interessenlage der Allgemeinheit feststellen. Bezüglich der Ausdehnung der

71. Armin Meyer, S. 29.

Werkherrschaft des Originalurhebers auf die Benutzungen sind die Ziele antinomisch. Und bis zu einem gewissen Grad will die Allgemeinheit auch die Benutzungen selbst schützen. Grundsätzlich ist aus ihrer Warte eine vermittelnde Lösung anzustreben, in der sowohl der Schöpfung des Originalurhebers als auch jener des Benutzers Schutz geboten wird. Die Allgemeinheit will im übrigen die Benutzungsfrage in Rechtsnormen regeln, die klar und leicht anwendbar sind.

4.5. Die Interessenposition der Kulturwirtschaft

Zur Vermittlung der Werke der Literatur und Kunst vom Urheber zum Konsumenten hat sich ein ganzer Wirtschaftszweig ausgebildet: die Kulturwirtschaft⁷². Sie ist bemüht, Berechtigungen zur Verwertung von Werken mittels Aufträgen und Arbeits- oder Werkverträgen zu erwerben, um so Kunstprodukte auf den Markt bringen zu können. Dabei arbeitet die Kulturwirtschaft mit Berechtigungen an Originalwerken und Benutzungen. Damit ist klar, dass die Kulturwirtschaft ein Interesse daran hat, dass einerseits die Originalwerke ausreichend geschützt werden, andererseits aber auch Benutzungen rechtlichen Schutz finden⁷³.

4.6. Die Bewertung der Interessenpositionen

Zusammenfassend ergibt sich folgendes Interessendiagramm:

- an einer Ausdehnung der Werkherrschaft auch über Benutzungen sind interessiert:
- der Originalurheber,
- die Allgemeinheit als Trägerin der Kulturpolitik und in einem gewissen Grad als Konsumentin,
- die Kulturwirtschaft;

72. Hubmann, S. 3ff.

73. Vgl. auch Armin Meyer, S. 31ff.

- ein Interesse daran, dass die Benutzung rechtlich geschützt wird, haben:
- der Benutzer selbst,
- die Allgemeinheit als Trägerin der Kulturpolitik und in einem gewissen Grad als Konsumentin,
- die Kulturwirtschaft.

Die Darstellung dieser Interessenpositionen macht deutlich, dass mit der differenzierenden Lösung der Benutzungsproblematik, wie sie (auch) unser Recht kennt, den unterschiedlichen Interessen weitgehend Rechnung getragen ist. Mit der abstrakten Regelung ist nach unserer Auffassung vom Urheberrecht die Berücksichtigungsmöglichkeit der verschiedenen Interessen weitgehend erschöpft. Im Gegensatz zum Recht der Vereinigten Staaten⁷⁴ etwa bleibt kaum Raum, in einem Einzelfall auch besondere Interessen zu berücksichtigen. Unser Urheberrecht hat sich von Zweckgedanken weitgehend gelöst. Nur in einem sehr beschränkten Rahmen besteht die Möglichkeit, einzelne Benutzungstypen, an denen etwa ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit besteht, "benutzungsfreundlich" zu qualifizieren⁷⁵ oder umgekehrt, die freie Benutzung dort zu erschweren, wo dem Originalurheber besonders ausgeprägt die Ausnutzung seiner Schöpfung droht⁷⁶. Auf solche Phänomene ist im Rahmen von § 5 zurückzukommen.

74. § 2 Kap. 4.3.

75. Dies gilt etwa für die Parodie: siehe § 5 Kap. 3.1.

76. Dies ist etwa der Fall beim Fortsetzungswerk: siehe § 5 Kap. 3.3.1.3.

§ 4 Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung aus theoretischer Sicht

1. Vorbemerkung

In der Praxis wird die Frage nach freier oder unfreier Benutzung kaum je als solche aufgeworfen, sondern sie stellt sich vielmehr indirekt. Entdeckt ein Urheber etwa, dass sein Werk in Form einer veränderten Wiedergabe unautorisiert verwertet wird, so ist für ihn nur von Bedeutung, ob dadurch seine Rechte verletzt werden und ob er gegen die Verwendung seines Werkes vorgehen kann; oder umgekehrt stellt sich für einen Benutzer die Frage, ob er in seiner Schöpfung ein anderes Werk auch ohne Erlaubnis des daran Berechtigten verändert wiedergeben darf. Von Interesse ist also vor allem die allfällige Verletzung von subjektiven Rechten. Die Beantwortung dieser Frage hängt aber von der Qualifikation der Benutzung ab, indem ein Urheberrecht a priori nur durch unfreie, nie aber durch freie Benutzung verletzt werden kann. Die Qualifikation der Benutzung stellt demnach nur eine Vorfrage zum Hauptproblem -- der Urheberrechtsverletzung -- dar.

Es fällt auf, dass die schweizerische Rechtsprechung diese Vorfrage nicht als solche formuliert und beantwortet. Vielmehr wird direkt der eigentliche Verletzungstatbestand geprüft und mit der Frage nach dem Schutzzumfang verwoben. Mit diesem Vorgehen wird aber mitunter nicht ganz klar, weshalb eine Benutzung im konkreten Fall als frei oder unfrei qualifiziert wurde. So prüfte beispielsweise das Bun-

desgericht in BGE 85 II 120ff. (Sherlock Holmes)¹ und BGE 88 IV 123ff. (Schreibmaschinen-Kurs)² wohl sorgfältig, ob die vom Benutzer verwendeten Elemente dem Gemeingut angehören oder individuelle Züge tragen; bei den als individuell erkannten Elementen warf es die Frage nach der Benutzungsart dann aber gar nicht ausdrücklich auf. Das Gericht stellte in BGE 88 IV 130 nur mit dürftiger Begründung fest, es werde offensichtlich, dass es sich um Wiedergaben handle; und in BGE 85 II 128 begnügte es sich mit dem Hinweis, die Sachverständigen legten überzeugend dar, dass die Benutzung eine freie selbständige Geistesschöpfung von künstlerischer Individualität sei. Damit macht das Bundesgericht aber nicht deutlich, nach welchen Gesichtspunkten die Qualifikation vorgenommen wurde. -- Demgegenüber prüft die deutsche Rechtsprechung das Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung viel bewusster via ausdrücklich als Vorfrage aufgeworfener Qualifikation der Benutzung³. Dadurch werden die Vorgehensweise und das angewandte Kriterium deutlicher erkennbar.

Transparenz bei der Qualifikation von Benutzungen ist notwendig, weil die Grenzlinie zwischen freier und unfreier Benutzung fast nicht vorstellbar ist. Der Begriff eines Benutzungsinstitutes lässt sich nur mittels konkreter Phänomene konturieren. Dies rührt daher, dass der Schutz des Urheberrechts insoweit relativ ist, als er sich nur im Verhältnis von Original und veränderter Wiedergabe bestimmen lässt. Indem nicht nur die individuellen Formen des Originals, sondern auch jene der Benutzung zum Tragen kommen,

1. Dieser Entscheid ist in § 2 Kap. 1.1.2. zusammengefasst.

2. Dieser Entscheid ist in FN 40 zu § 3 zusammengefasst.

3. Siehe etwa den Entscheid "Janosch's kleines Hasenbuch" des OLG Hamburg (UFITA Bd. 86 [1980], S. 289ff.; zusammengefasst in § 2 Kap. 3.2.).

richtet sich der Schutz auch nach der konkret zur Diskussion stehenden Benutzung. Deshalb läuft die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung weitgehend auf Gesetzesauslegung im Einzelfall⁴ hinaus. Die damit verbundene Arbeit erfordert primär eine Methode, in der die Schritte beschrieben werden, die zur Entscheidenvorbereitung nötig sind. Sodann ist das eigentliche Kriterium zur Anwendung zu bringen. Dieses ergibt sich zwar aus dem Gesetz selbst, bleibt aber weitgehend auslegungsbedürftig und bedarf einiger Konkretisierungen.

2. Die Methode

Da in einer Benutzung das Original in jeder nur denkbaren Veränderung wiedergegeben werden kann, erscheinen die schöpferischen Beiträge der beiden Urheber in der Benutzung in ganz unterschiedlicher Relation zueinander⁵. Deshalb lässt sich weder aus den Charakteristika des Originals noch aus jenen der Benutzung ein Kriterium für die Qualifikation der letzteren gewinnen⁶. Es bleibt daher nur der Weg, die beiden Werke einander gegenüberzustellen und miteinander zu vergleichen⁷. Soll gemäss Art. 13 Abs. 1 URG die Werkherrschaft des (Original-)Urhebers auch die veränderte Wie-

4. Vgl. Rothmund, S. 126, oder Runge, S. 136.

5. Siehe § 1 Kap. 2.

6. Probleme bietet insbesondere die Tatsache, dass die schöpferische Leistung nicht exakt messbar ist; siehe dazu § 3 Kap. 2.2.

7. Dies ist herrschende Lehre: Statt vieler siehe Runge, S. 138.

In der Rechtsprechung findet diese Methode Anwendung. Siehe etwa BGE 85 II 120ff. (Sherlock Holmes), zusammengefasst in § 2 Kap. 1.1.2., oder den Entscheid "Berner Stadtplan" des HG Kt. Bern (ZBJV 114. Jg. [1978], S. 282ff.; zusammengefasst in § 5 Kap. 4.3.3.). Auch in der Rechtsprechung Deutschlands wird diese Methode angewandt: Siehe zum Beispiel das BGH-Urteil "Lili Marleen" (GRUR 60. Jg. [1958], S. 402ff.), insbesondere S. 403, zusammengefasst in § 2 Kap. 3.2.

dergabe umfassen, so bezieht sich dieser Schutz nur auf Formen mit individuellem Charakter⁸. Die entscheidende Frage muss sich also darauf richten, inwieweit individuelles Material in die Benutzung eingeflossen ist. Mit anderen Worten: Es kommt hier nicht darauf an, durch welche (übrigen) neugeschaffenen Elemente sich die Benutzung vom Original unterscheidet, sondern darauf, welche Elemente den Werken gemeinsam sind⁹. Deshalb müssen die beiden Objekte je auf die sie charakterisierenden Züge untersucht werden. Dafür bedarf es einer Methode. Es geht hier nicht um die Methode der eigentlichen Gesetzesauslegung¹⁰, sondern um ein Instrument zum Sichtbarmachen und Vergleichen des individuellen Materials, die Vorarbeit der Gesetzesauslegung¹¹.

Zu beginnen ist mit einer Gesamtbetrachtung¹². Original und Benutzung müssen einander zuerst ganzheitlich gegenübergestellt werden. Dabei ist prima facie zu prüfen, welche Verwandtschaft zwischen den beiden Werken besteht. So lässt sich auf einfache Weise feststellen, ob die Benutzung dem Original als Ganzem nachgebildet wurde oder ob nur einzelne Teile Aufnahme in die Benutzung fanden. Diese ganzheitliche

8. Siehe § 3 Kap. 2.4.

9. Darauf stellt die Rechtsprechung (heute) ausdrücklich oder stillschweigend ab.

Siehe etwa den "Trotzkopf"-Entscheid des OLG Karlsruhe (GRUR 59. Jg. [1957], insbesondere S. 396; zusammengefasst in § 2 Kap. 3.2.). Dies ist auch die Betrachtungsweise Frankreichs: Siehe Miane c. Largeot, Allouin et Combier des Tribunal correctionnel de Mâcon vom 14.11.1956, in Le Droit d'Auteur, 76. Jg. (1963), S. 75.

10. Die Gesetzesauslegung wird in § 4 Kap. 3. erläutert.

11. Die Unterscheidung in die Aufarbeitung des Tatsachenmaterials einerseits und die Anwendung des Kriteriums andererseits hat nicht nur theoretische Bedeutung. Es entspricht dies dem prozessual wichtigen Gegensatz von Tatfrage und Rechtsfrage. Das Bundesgericht ist an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden. Siehe dazu die Ausführungen in BGE 56 II 418 (Bauwerk).

12. von Gamm, N 11 zu § 24; Runge, S. 138; Rintelen, S. 53.

Gegenüberstellung der Werke ist als erste Orientierung stets von Bedeutung. In einem zweiten Schritt muss geprüft werden, welche Elemente im einzelnen aus dem Original übernommen wurden. Zu diesem Zwecke werden die Werke analysiert. Dabei ist zu untersuchen, ob der Benutzer nur Elemente des Gemeingutes oder auch individuelles Material übernahm und ob er dieses in seiner ursprünglichen oder in umgestalteter Form wiedergab.

Das Zusammenspiel von Gesamtbetrachtung und Analyse der zur Diskussion stehenden Werke ist kompliziert und läuft in der Praxis nicht nach festen Regeln ab. Dies rührt insbesondere daher, dass in Literatur, Musik und Kunst die individuellen Formen unter verschiedenartigen Gesetzmässigkeiten geschaffen werden. Dementsprechend müssen sie auch durch unterschiedliche Betrachtungsweisen in der Gegenüberstellung sichtbar gemacht werden. Zwischen Gesamtbetrachtung und Analyse bestehen etwa folgende Zusammenhänge:

a) Es gibt Werke (insbesondere im Bereich von Literatur und bildender Kunst¹³), in welchen die urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen durch die Auswahl, Anordnung und Gliederung von Einzelteilen erfüllt sind. Wurde ein dadurch geschaffener (individueller) Aufbau eines Werkes benutzt, kommt der Gesamtbetrachtung eine vorrangige Bedeutung zu.

13. Siehe dazu die BGH-Entscheidung "Hummel-Figuren" (GRUR 54. Jg. [1952], S. 516ff.), wo auf S. 517 folgendes ausgeführt wird: "Das BerG hat zwar nicht erschöpfend in Einzelbestandteile aufgegliedert, worin der für den Urheberrechtsschutz massgebende schöpferische Gehalt der drei Hummel-Figuren zu erblicken sei. Dies ist bei Kunstwerken begrifflich auch nicht möglich, weil diese ... ein durch eine Einzelaufgliederung der künstlerischen Elemente nicht erfassbares, unteilbares Ganzes darstellen, bei dem der ästhetische Gesamteindruck entscheidet."

Die Gesamtbetrachtung ist auch bei architektonischen Werken von zentraler Bedeutung (siehe den Entscheid "Baupläne" bei Schulze, BGHZ 268, S. 4f.).

Da in der Gesamterscheinung des Werkes auch seine Individualität liegt, muss diese dementsprechend mit einer Gesamtbetrachtung erfasst werden.

b) Unter den Werken mit individuellem Aufbau gibt es solche, deren Elemente selbst individuellen Charakter haben. Hier muss einerseits mit der Gesamtbetrachtung geprüft werden, ob der Aufbau übernommen wurde; andererseits ist mit der Analyse aufzuzeigen, welche Einzelteile in welcher Form in der Benutzung wiedergegeben wurden¹⁴.

d) Zeigt sich, dass das Original in seinem Aufbau nicht individuell ist oder dass der Aufbau gar nicht benutzt wurde, so hat die Gesamtbetrachtung nur noch eine Orientierungsfunktion. Mit der Gegenüberstellung der Werke als Ganzheiten ist aufzuzeigen, welche individuellen Elemente verwendet wurden. Das Schwergewicht liegt zum einen bei der Analyse des Originals, in der die übernommenen Elemente zu erfassen und in ihrem individuellen Charakter zu beschreiben sind, zum andern bei der Analyse der Benutzung: Hier ist zu untersuchen, ob das individuelle Material verändert oder unverändert wiedergegeben wurde. Diese Arbeit ist in jenen Fällen nötig, wo der Benutzer sein Werk nur auf einzelnen Elementen des Originals aufbaut. Sie ist aber auch unerlässlich, wenn er auf ein Original als Ganzes Bezug nimmt, ist es doch möglich, dass er die Elemente des Gemeingutes unverändert verwendet, jene mit individuellem Charakter aber umgestaltet wiedergibt.

Sowohl bei der Gesamtbetrachtung wie auch bei der Werkanalyse kommt es entscheidend darauf an, mit den konkret gegebenen Formen zu arbeiten. Es erweist sich als unumgänglich,

14. BGE 88 IV 127 (Schreibmaschinen-Kurs), zusammengefasst in FN 40 zu § 3.

15. Dies ist bei der Benutzung kartographischer Werke der Fall; siehe § 5 Kap. 4.3.3.

die Formen von Original und Benutzung exakt zu beschreiben, um sie gegen das Gemeingut abgrenzen und exakt miteinander vergleichen zu können. Es ist dabei eine in die Details gehende Arbeit erforderlich, die nicht davor haltmacht, ganz konkrete Formelemente (in Sprache, Bild und Ton) zu beschreiben. Wegen der geistigen Natur der Werke kann die anzuwendende Methode aber niemals eine mathematische Präzision erlangen¹⁶. Es bleibt undenkbar, die Analyse bis in die feinsten Strukturen einer geschützten Form voranzutreiben. Wegen der fehlenden intersubjektiv überprüfbaren Massstäbe wäre jede "mathematische" Genauigkeit nur Schein. Der eigentliche "Eindruck", den ein Werk auf seine Betrachter oder Zuhörer macht, gewinnt hier als verschwommene Grösse ein nicht zu leugnendes Gewicht. Dies trifft insbesondere zu, wo Formen mit einem gewissen Abstraktionsgrad zu schützen sind. So stellen beispielsweise alle Zeichnungen, in welchen die Mickey Mouse in irgend einer Pose dargestellt ist, unfreie Benutzungen der ursprünglichen Figur dar. Das Werk ist in solchen Fällen losgelöst von der Einzelzeichnung zu beschreiben, was aber schwierige Abgrenzungsfragen zu den nicht schützbaeren Anweisungen und Ideen aufwirft¹⁷.

Wie die bekannten Benutzungstypen zeigen, lehnen sich die Benutzer in aller Regel an ein einziges fremdes Werk an und geben dieses ganz oder in Teilen wieder. Benutzungen, in denen eine Bezugnahme auf mehrere Werke stattfindet (wie zum Beispiel beim Potpourri), sind eher selten. Sie müssen (für ihre Qualifikation als freie oder unfreie Benutzung) allen betroffenen Originalwerken gegenübergestellt werden.

16. Johnston, S. 133 (für die Anwendung der "fair use"-Regeln).

17. Vgl. dazu BGE 77 II 377ff. (Mickey Mouse) und die BGH-Entscheide Disney-Parodie (UFITA Bd. 62 [1971], S. 267) und Hummel-Figuren (GRUR 54. Jg. [1952], S. 516ff.).

Es ist dabei aufzuzeigen, was für Elemente aus welchen Werken Verwendung fanden. Wurden mehrere Werke unfrei benutzt, so steht die Benutzung zugleich unter der Herrschaft der Berechtigten aller dieser Originale. Ist die Benutzung des einen Werkes als frei, des anderen dagegen als unfrei zu qualifizieren, so spielt nur die Herrschaft des unfrei benutzten Werkes eine Rolle.

Analog ist vorzugehen, wenn ein Original benutzt wird, das aus mehreren Werken besteht (wie beispielsweise die Oper aus Libretto und Musik). Wird ein solches Original in der die verschiedenen Teilwerke verschmelzenden Form (dem Bühnenwerk Oper) benutzt, so ist nach der allgemeinen Regel zu prüfen, ob das Gesamtwerk und seine Elemente frei oder unfrei benutzt wurden. Wird aber nur ein Teil benutzt (das Libretto oder die Musik), so muss die Benutzung nur dem aus dem Original herausgelösten Teil gegenübergestellt werden.

3. Das Kriterium

3.1. Die Auslegung der einschlägigen Normen

Nachdem festgestellt ist, in welcher Form Elemente mit individuellem Charakter aus dem Original auch in der Benutzung wiederkehren, wird die Benutzungsart bestimmt. Das Kriterium zur Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung ist in Art. 15 respektive 13 und 4 URG enthalten. Wie bereits gezeigt wurde¹⁸, ergibt das historische Auslegungselement, dass das Institut der freien Benutzung -- entgegen dem Wortlaut von Art. 15 URG -- nicht auf die Melodienbenutzung beschränkt ist, sondern im gesamten künstlerischen

18. Siehe § 2 Kap. 1.1.1.1.

Schaffen besteht. Dabei ist das dort für die Melodienbenutzung aufgestellte Kriterium in allen Schaffensbereichen anzuwenden¹⁹.

Die freie Benutzung hat ein "neues selbständiges Werk" zu sein²⁰. Demgegenüber ist die unfreie Benutzung eine "Wiedergabe" des Originalwerkes. Das Wort "Wiedergabe" weist darauf hin, dass das Original in der unfreien Benutzung immer deutlich erkennbar übernommen wird, also prägend ist, während sich die freie Benutzung durch selbständigen Charakter auszeichnet. Auch wenn die im Gesetz aufgestellten Kriterien viele Fragen offenlassen, ist der Gesetzeswortlaut des URG doch ziemlich aussagekräftig und vermag deutlich zu machen, was für die Bestimmung von freier respektive unfreier Benutzung entscheidend ist²¹. Wie sich aber feststellen lässt, haben diese Lehre und Rechtsprechung²² teilweise verkannt. Sehr oft wurden die angestellten Überlegungen nicht auf den Gesetzestext ausgerichtet und mit ihm in Uebereinstimmung gebracht.

Wegen der gleichwohl bestehenden Unbestimmtheit der gesetzlichen Begriffe bleibt hier zu fragen, ob sich diese mittels des teleologischen Auslegungselementes verdeutlichen

19. Siehe § 2 Kap. 1.1.1.3.

Zur systematischen Einordnung des Institutes der freien Benutzung ins URG siehe FN 24 zu § 2.

20. § 24 Abs. 1 URG/BRD (wiedergegeben in § 2 Kap. 3.1.2.) verlangt ein "selbständiges Werk".

Siehe auch § 5 Abs. 2 des österreichischen URG (von 1936):

"Die Benutzung eines Werkes bei der Schaffung eines anderen macht dieses nicht zur Bearbeitung, wenn es im Vergleich zu dem benutzten Werke ein selbständiges neues Werk darstellt."

21. Dies trotz der Problematik des Terminus "Wiedergabe" für einen Benutzungsbegriff; siehe dazu FN 7 zu § 2.

22. In der Rechtsprechung hängt dies weitgehend damit zusammen, dass die Qualifikation der Benutzungen nur in Anwendung von Art. 42ff. URG gelöst und dass für die Auslegung dieser Normen gar nicht auf Art. 13 und 15 URG zurückgegriffen wird. Siehe § 4 Kap. 1.

lassen. Das Interesse des Originalurhebers ist auf eine umfassende Werkherrschaft gerichtet, in die er auch die veränderten Wiedergaben eingeschlossen haben will. Der Benutzer seinerseits möchte die eigene Schöpfung geschützt haben, während die Position der Allgemeinheit ambivalent ist²³. Sollen diese verschiedenen Interessen zu einem gerechten Ausgleich gebracht werden, so muss als veränderte Wiedergabe im Sinne von Art. 13 URG diejenige Benutzung gelten, an deren Beherrschung der Originalurheber ein objektiv schützenswertes Interesse haben kann. Dies ist nur bei Phänomenen der Fall, die das Original eindeutig und klar erkennbar wiedergeben. Nur solche Benutzungen können den Urheber konkurrenzieren²⁴ und seine Persönlichkeit gefährden. Dies trifft aber nicht mehr zu, wenn der Benutzer ein Werk von "neuer Selbständigkeit" schafft. Und in diesem Fall verdient auch der Benutzer an der von ihm erbrachten Schöpfung einen vorbehaltlosen Schutz.

Der Gesetzeswortlaut führt also zu einer Qualifikation der Benutzungen, mit der die bestehenden Interessen gerecht ausgeglichen sind. Da dieser Regelung eine universelle Geltung im gesamten Werkschaffen zukommt, bleibt nur wenig Raum, einzelne Benutzungstypen -- wie etwa die Parodie²⁵ oder das Fortsetzungswerk²⁶ -- wegen einer besonderen Interessenlage entweder originalurheber- oder benutzerfreundlich zu beurteilen²⁷.

23. Siehe § 3 Kap. 4.6.

24. In diesem Sinne spielt neben dem streng zu berücksichtigenden Persönlichkeitsschutz bis zu einem gewissen Grad auch ein Gedanke an die Wettbewerbsposition mit; vgl. Schmieder (Wettbewerb), S. 136ff.

Viel ausgeprägter wird die Wettbewerbsposition im CA berücksichtigt; siehe § 2 Kap. 4.3. in fine.

25. Siehe § 5 Kap. 3.1.

26. Siehe § 5 Kap. 3.3.

27. Siehe § 3 Kap. 4.6.

3.2. Das Verblassen

Die Qualifikation des Einzelfalles lässt dem Richter einen weiten Ermessensspielraum²⁸ und verlangt von ihm ein hohes Einfühlungsvermögen²⁹. Die Richtlinien sind von Lehre und Rechtsprechung präziser abgesteckt worden. Für die Schweiz sind insbesondere das Gedankengut der deutschen Lehre und die deutschen Präzedenzfälle von Bedeutung. Auf sie darf bei der Auslegung des URG ohne prinzipielle Bedenken zurückgegriffen werden, da sich -- abgesehen von der Melodienbenutzung³⁰ -- die Institute der freien Benutzung in beiden Rechtskreisen entsprechen. Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland wird wohl am häufigsten das von Eugen Ulmer³¹ formulierte Kriterium zur Qualifikation der freien Benutzung zitiert. Er sieht diese dann gegeben, "wo angesichts der Eigenart des neuen Werkes die Züge des geschützten Werkes verblassen". Unter anderen ergänzt dies Hubmann³² mit dem Hinweis, dass die Individualität des Originals in der (freien) Benutzung in den Hintergrund treten muss.

Dieser Ansatz ist zu verdeutlichen. Bei der hier relevanten Umformung lehnt sich der Benutzer immer an die individuellen Formen eines oder mehrerer Originalwerke an. Im Falle der unfreien Benutzung gibt er diese noch deutlich erkennbar wieder; bei freier Benutzung hingegen stellt das individuelle Material des Originals nur den Ausgangspunkt für die weitgehend selbständige Schöpfung des Benutzers dar; ausschlaggebend für "Verblassen" ist also, dass den eigenartigen Elementen des Originals gerade durch die Umformung

28. Rothmund, S. 130f.

29. Ulmer, S. 276.

30. Siehe § 5 Kap. 5.2.

31. Ulmer, S. 275.

32. Hubmann, S. 179.

eine neue Individualität verliehen wurde. Muss das Tatsachenmaterial darauf hin untersucht werden, welche Elemente in beiden Werken vorkommen (während die vom Benutzer angefügten Teile ohne Belang sind), so kommt es bei der Anwendung des Kriteriums auf die Abweichungen an. Es ist hier entscheidend, dass die benutzten Elemente in ihrer neuen Form zur ursprünglichen gerade durch die Umarbeitung einen bestimmten Abstand³³ einnehmen und sich durch Selbständigkeit auszeichnen³⁴.

Dass dieser Ansatz nicht selbstverständlich ist, zeigt die Geschichte der deutschen Rechtsprechung. Diese hatte nämlich zuerst nicht auf den Abstand abgestellt, sondern nur geprüft, ob eine "selbständige Denktätigkeit" vorlag³⁵. Dadurch wurden Benutzungen als frei qualifiziert, die geschützte Elemente aus anderen Werken praktisch unverändert übernahmen; die benutzten Teile mussten nur im Gesamtrahmen des neuen Werkes rein quantitativ eine untergeordnete Bedeutung erhalten haben. Damit konnte aber die Werkherrschaft des Originalurhebers nicht ausreichend gesichert sein. Diese Praxis fand denn auch ihre vehementen Kritiker³⁶. Die Rechtsprechung hat ihr in späteren Entscheidungen den Rücken gekehrt³⁷.

Nach heute herrschender Auffassung ist also einzig darauf abzustellen, ob die dem Original entnommenen Elemente in eine Form gebracht worden sind, in welcher sie zur ur-

33. von Gamm, N 10 zu § 24.

34. Es ist missverständlich, wenn Rothmund (S. 129) sagt, freie Benutzung liege dann vor, wenn das Original nur als "Fundgrube" gedient habe. Im Urheberrecht ist auch ein Teil einer Schöpfung — sofern er Werkcharakter hat — geschützt. Wird ein solcher ohne wesentliche Umformung übernommen, so liegt unfreie Benutzung vor.

35. Siehe den Ueberblick bei Runge, S. 136.

36. Insbesondere durch Goldbaum, S. 153ff.

37. Siehe dazu die Ausführungen des OLG Karlsruhe im "Trotzkopf"-Entscheid (GRUR 59. Jg. [1957], S. 396).

sprünglichen einen ausreichenden Abstand einnehmen, dieser gegenüber also verblassen. Dies ist sicher dann der Fall, wenn sich der Benutzer vom Original nur hat anregen oder inspirieren lassen. Die Lektüre eines Gedichtes veranlasst beispielsweise einen Autor, einen Roman über die angesprochenen Probleme zu schreiben. Den für freie Benutzung erforderlichen Abstand kann er aber auch dadurch erreicht haben, dass er individuelles Material dem Original entnimmt und in die Benutzung einfließen lässt, durch weitgehende Umformung aber eine Selbständigkeit gegenüber dem Original erreicht; zum Beispiel indem er ein Tafelbild in Worten charakterisiert und in ein literarisches Werk integriert.

Generell spielt für die Qualifikation der Benutzung keine Rolle, welchen Zweck der Benutzer mit seinem Werk verfolgt³⁸. Es kommt auch nicht darauf an, von welcher Qualität die dem Original entnommenen Elemente sind. Viele Autoren wollen darauf abstellen, ob dem Original wesentliche Teile entnommen worden sind, respektive ob das wiedergegebene Material in der Benutzung eine wesentliche Rolle spielt³⁹. Dies ist jedoch kein geeignetes Kriterium; damit wäre nämlich die Qualifikation nicht auf die Gegenüberstellung von Original und Benutzung beschränkt, sondern es bedürfte der zusätzlichen Analyse der beiden Werke nach dem Gesichtspunkt der "Wesentlichkeit". Wie viele Entscheide zeigen, können die übernommenen Elemente auch in als frei qualifizierten Benutzungen eine bedeutende Rolle spielen, sofern ihre individuellen Züge durch sehr weitgehende Um-

38. So kommt es insbesondere nicht darauf an, ob der Benutzer eine freie oder unfreie Benutzung schaffen wollte. Auch diesbezüglich ist die Qualifikation nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmen.

39. Darauf stellen u.a. ab: Schelbert, S. 58ff., Hubmann, S. 179, Christen, S. 39, und Möhring/Nicolini, N 2. c) zu § 24.

formung zum Verblässen gebracht wurden⁴⁰. -- Immerhin ist insofern auf die Wesentlichkeit abzustellen, als mit dem Grundsatz "minima non curat praetor" die Werkherrschaft für absolute Bagatellfälle zu begrenzen ist. Pfeift beispielsweise ein Filmheld drei Takte einer geschützten Melodie, so stellt der Film deswegen keine unfreie Benutzung dar. Erst wenn ein Original in der Benutzung ein gewisses minimales Gewicht erhält, ist diese Qualifikation denkbar.

Im Schrifttum wird immer wieder die Befürchtung geäußert, dass das Institut der freien Benutzung der billigen Ausnutzung fremden Schaffens Vorschub leiste. Dem ist entgegenzuhalten, dass das URG mit dem Kriterium des "neuen selbständigen Werkes" hohe Anforderungen stellt. Es braucht weitgehender Veränderungen, um die Selbständigkeit gegenüber dem Original zu erreichen⁴¹. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Bearbeitung (als unfreie Benutzung) ein "eigenartiges Werk" sein muss (Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG). Auch diese Benutzungskategorie hat also mit der Umformung den Erfordernissen der Werkdefinition zu genügen. Die freie Benutzung bedarf demgegenüber nicht eines "Mehr" an Neugestaltung⁴². Entscheidend ist vielmehr, dass die Individualität des Originals nicht als solche übernommen und in den neuen Rahmen eingebettet wird, sondern dass sie weitgehend umgestaltet wird. Als Beispiel und Testobjekt sei hier die Verfilmung eines literarischen Stoffes angeführt: Obwohl diese Benutzungsart tiefgreifender Umarbeitungen (und grösster finanzieller Aufwendungen) bedarf,

40. Siehe etwa BGE 85 II 120ff. (Sherlock Holmes), zusammengefasst in § 2 Kap. 1.1.2., oder den BHG-Entscheid "Lili Marleen" (GRUR 60. Jg. [1958], S. 402ff.; zusammengefasst in § 2 Kap. 3.2.).

41. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung betont immer wieder, es müsse ein strenger Massstab angelegt werden; dies schreibt an sich bereits das Gesetz vor.

42. Weber, S. 48.

wird die eigentliche Verfilmung als unfreie Benutzung qualifiziert⁴³. Erst da, wo der Film auch die Grundlagen des Originals umgestaltet, ist Raum für freie Benutzung.

Rückblickend muss jetzt klar werden, warum der Schutzzumfang nur in relativer Art und Weise bestimmbar ist. Ausschliesslich im Verhältnis von Benutzung und Original lässt sich entscheiden, welche Arten von Benutzungen die individuellen Züge des Originals zum Verblassen bringen und welche nicht. Aus diesem Zusammenhang ergibt sich auch, dass der Schutzzumfang für den Originalurheber umso grösser ist, je einzigartiger und einmaliger sein Werk ist⁴⁴. Um ein Werk mit ausgeprägt individuellem Charakter frei zu benutzen, darf die Anlehnung entweder nur äusserst lose sein, oder dann muss mit der Umformung den benutzten Teilen ein ebenso ausgeprägt individueller Stempel aufgedrückt werden⁴⁵.

Das URG verlangt für freie Benutzung ein "neues selbständiges Werk". In der Diskussion um den neuen Werkbegriff steht heute auch das Definitionsmerkmal der "statistisch einmaligen Individualität" im Raum. Nun dürfen diese beiden Kriterien (für Werk und freie Benutzung) nicht miteinander vermischt werden; nicht jede Benutzung, welche das Original in statistisch einmaliger Art umformt, wird zum "neuen selbständigen Werk". -- Mit "statistischer Einmaligkeit" wird die minimale Gestaltungshöhe des schützbaeren Werkes

43. Siehe § 5 Kap. 4.5.1.1.

44. Die Einmaligkeit eines Werkes ist wiederum abhängig von den Gestaltungsvarianten, die eine konkrete gedankliche Vorstellung überhaupt zulässt.

45. Vgl. dazu den "Schneewalzer"-Entscheid des BGH in UFITA Bd. 83 (1978), S. 201ff. (insbesondere S. 206).

Vgl. auch Hubmann, S. 179, Movsessian/Seifert, S. 112, oder Christen, S. 39.

bezeichnet. Sicher muss auch das "neue selbständige Werk" (der freien Benutzung) dieser Anforderung mindestens genügen. Dies ist jedoch für die Qualifikation als freie Benutzung noch nicht ausreichend. Ein neuer Werkbegriff wird nämlich nichts an dem Satz ändern, dass der Schutzzumfang nur im Vergleich der Eigenart des Originals mit jener der Benutzung bestimmbar ist und die individuellen Züge des Originals in der Benutzung verblassen müssen. Es kommt auch hier auf die konkret gegebene und nicht auf die minimal schützbare Individualität an.

Soweit ersichtlich, haben die Selbstbenutzungen (Benutzungen eigener Werke) die Gerichte bislang wenig beschäftigt. Hingegen werden sie im Schrifttum häufig angesprochen. Gefragt wird insbesondere, durch welches Kriterium die Selbstbenutzungen zu qualifizieren sind. Dabei wird die Meinung vertreten, bei der Beurteilung umgestalteter Wiedergaben eigener Werke sei ein milderer Massstab anzuwenden als bei der Benutzung von fremdem Material⁴⁶.

In praktischer Hinsicht kann die Qualifikation von Selbstbenutzungen nur eine Rolle spielen, wenn der Originalurheber seine Rechte abgetreten hat⁴⁷. Dabei ergibt sich aus der vertraglichen Vereinbarung, inwieweit Selbstbenutzungen erlaubt sind; dem Originalurheber kann die Möglichkeit eingeräumt werden, freie Benutzungen herzustellen, die nach einem mildereren Massstab (als jenem des URG) qualifiziert werden; oder es wird ihm jede erkennbare Anlehnung an das Original verboten. In der Regel werden aber solche Klauseln in den Verträgen fehlen. Dann muss eine Benutzung nach dem Kriterium des URG als frei oder unfrei qualifiziert werden.

46. Siehe etwa Hubmann, S. 181; Rothmund (S. 131) hält die Selbstbenutzung immer für erlaubt.

47. Gemäss Art. 9 URG.

Das Urheberrecht schützt wohl primär die Person des Originalurhebers, im Falle der Rechtsabtretung aber auch den Rechtsnachfolger, und zwar bei Selbstbenutzung sogar gegen den eigentlichen Urheber. Es besteht kein Grund, hier besondere Massstäbe anzulegen⁴⁸.

3.3. Das massgebende Fachwissen

Wenn in der freien Benutzung die aus dem Original übernommenen Elemente zu verblassen haben, so stellt sich die Frage, ob für die entsprechende Beurteilung der Kenntnisstand des Laien oder des Fachmannes massgebend ist. -- An sich sind Literatur, Musik und Kunst Lebensbereiche der Allgemeinheit, und sie sollen nicht einer Fachwelt vorbehalten bleiben. In den hier aufgeworfenen Fragen zeigt sich aber, dass der Durchschnittskonsument oft nicht in der Lage ist, eine Benutzung als frei oder unfrei zu qualifizieren. Beispielsweise kann er zwischen einem chinesischen Roman und dessen deutscher Uebersetzung trotz desselben literarischen Inhalts nichts Verwandtes mehr feststellen; auch in weiten Bereichen der Musik wird der "Mann von der Strasse" Mühe haben, sich ein Urteil darüber zu bilden, ob eine bestimmte Neu-Instrumentierung oder eine Variation eine "Wiedergabe" oder ein "neues selbständiges Werk" ist⁴⁹. Deshalb spielt der Fachmann eine wichtige Rolle, und zwar vor allem bei der Aufarbeitung des Tatsachenmaterials, zu einem gewissen Grade aber auch bei der rechtlichen Würdigung.

Wie sich an vielen Beispielen zeigen lässt⁵⁰, erfordert sowohl die Abgrenzung der individuellen Züge einer Schöpfung

48. So auch Möhring/Nicolini, N 2.j dd) zu § 24, und Runge, S. 135.

49. Baumann, S. 134f.

50. Siehe etwa BGE 85 II 120ff. (Sherlock Holmes), zusammengefasst in § 2 Kap. 1.1.2., oder BGE 56 II 413ff. (Bauwerk).

vom Gemeingut, wie auch die Vergleichung von Original und Benutzung ein hohes Mass an Fachwissen. Darüber können die Richter nicht in allen Bereichen urheberrechtlich relevanten Schaffens verfügen⁵¹. Es verwundert denn auch nicht, dass die Gerichte oft Gutachten beiziehen und dass die Parteien häufig Expertisen vorlegen. Dies ist nicht eine Erscheinung der jüngsten Zeit, sie lässt sich bis in die Anfänge der urheberrechtlichen Rechtsprechung zurückverfolgen⁵². Für den Gutachter steht die Aufgabe im Vordergrund, das Tatsachenmaterial aufzuarbeiten und dem Entscheid des Richters zugänglich zu machen. Nun sind viele Sachverständige mit dem Urheberrecht wenig vertraut. Damit ihre Expertisen mit dem urheberrechtlichen Gedankengut übereinstimmen, kommt es entscheidend auf die Fragestellung des Richters an den Experten an. Letzterer wird zu prüfen haben, ob

- das Original in einer Art aufgebaut ist, welche individuell ist,
- die Benutzung dem Original als Ganzem nachgebildet wurde,
- nur einzelne Teile Verwendung fanden,
- die benutzten Teile dem Gemeingut angehören oder individuelle Züge tragen und
- der Benutzer das individuelle Material deutlich erkennbar übernahm oder einer weitgehenden Umformung unterzog.

Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist der Richter nicht an die Feststellung der Experten gebunden. Es ist aber nicht zu übersehen, dass er in vielen Fällen

51. Gemäss Art. 45 URG gibt es für zivilrechtliche Urheberrechtsstreitigkeiten nur eine einzige kantonale Instanz. Da entsprechende Streitfälle aber selten sind, können sich keine eigentlichen Fachgerichte entwickeln.

52. In der schweizerischen Rechtsprechung siehe BGE 33 II 433ff. (Hymne à la Patrie), 60 II 62ff. (Trachten), 85 II 120ff. (Sherlock Holmes) und 106 II 71ff. (Kasperlikopf). Für die deutsche Rechtsprechung siehe etwa den "Trotzkopf"-Entscheid des OLG Karlsruhe (GRUR 59. Jg. [1971], S. 395ff., zusammengefasst in § 2 Kap. 3.2.).

nicht über die Fachkenntnisse verfügt, um ein Gutachten betreffend die Tatfragen kritisch zu würdigen und sich ein eigenes Bild zu machen.

Wie auch das Bundesgericht feststellen musste, bewirkt die schwierige Natur des urheberrechtlich schützbaeren Werkes, dass es "den Experten meist nicht möglich ist, die Abweichungen von bereits bestehenden (Bau-)Formen im einzelnen klarzulegen und so dem Richter die nötigen Unterlagen für eine selbständige Würdigung und Bewertung der in Frage stehenden Neugestaltungen zu verschaffen. Der Richter ist daher...in hohem Masse auch mit Bezug auf das Werturteil... auf die Auffassung der fachkundigen Experten angewiesen"⁵³. Dies ist insbesondere der Fall, weil das durchschnittliche Fachwissen massgebend für die Entscheidung ist, ob freie oder unfreie Benutzung vorliegt. Ein kunstverständiger Laie⁵⁴ wird sich oft zu sehr auf das äussere Erscheinungsbild abstützen und zu wenig berücksichtigen, inwieweit die übernommenen Elemente schöpferisch umgestaltet wurden. Hier bedarf es eines durchschnittlichen Fachwissens, um beurteilen zu können, welcher Art die schöpferische Leistung des Benutzers ist. So kann nur der Sprachgewandte die Frage beantworten, ob die Uebertragung in eine andere Sprache eine Bearbeitung oder eine Anlehnung ist. Und nur der Fachmann kann beurteilen, ob ein wissenschaftliches Werk einen genügenden Abstand zu einem anderen einhält. Falls die Richter nicht über dieses Wissen verfügen, wird die rechtliche Würdigung der Sachverständigen umso wichtiger. Dies ist eine in der Rechtsanwendung problematische Erscheinung.

53. BGE 56 II 418 (Bauwerk).

54. Siehe Möhring/Nicolini, N 6 b) zu § 24.

4. Das Kriterium nach dem Vorentwurf

Es bereitet Mühe, den einschlägigen Normen im VEURG das Kriterium für die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung zu entnehmen. Auch bleibt schwer abzuschätzen, welche Auswirkung die neue Regelung tatsächlich haben wird.

Klar und verständlich ist Art. 15 VEURG, der einem (Original-)Urheber das Recht einräumt, zu bestimmen, ob am Werk Aenderungen vorgenommen werden dürfen und ob es zur Schaffung eines "Werkes zweiter Hand" verwendet werden darf. Die Werkherrschaft erfasst damit das Werk auch in umgestalteten Formen, den Benutzungen. Was darunter zu verstehen ist, lässt Art. 15 offen, da sich mit dem Terminus "Werke zweiter Hand" kein allgemein bekannter Begriff verbindet⁵⁵. Für dessen Bestimmung ist auf Art. 2 zurückzugreifen, wo in Abs. 1 festgehalten wird, dass als "Werk zweiter Hand" jedes Phänomen zu gelten hat, in dem ein anderes Werk in seinem individuellen Charakter erkennbar übernommen ist⁵⁶.

Damit wird der Begriff der "Erkennbarkeit" zum eigentlichen Kriterium für die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung. Rein logisch muss aus Art. 2 geschlossen werden, dass freie Benutzung nur dort möglich ist, wo die individuellen Züge des Originals in der Benutzung nicht mehr erkennbar sind. Diese Auslegung schwebte offenbar auch der Expertenkommission II vor⁵⁷. Gemäss den Erläuterungen soll die Verwendung eines Werkes nur erlaubt sein, wenn dessen indivi-

55. Zur Wahl dieses Terminus: Christen, S. 34 (insbesondere FN 8), sowie die Kritik wegen seiner Ungebräuchlichkeit in der (heutigen deutschsprachigen) Lehre bei Reinhart, S. 231.

VEURG I verwendet demgegenüber für den entsprechenden Begriff den Ausdruck "Bearbeitungen".

56. Siehe den Wortlaut dieser Norm in § 2 Kap. 3.1.2.

57. UFITA Bd. 72 (1975), S. 249.

duelle Elemente in dem neu entstandenen Werk nicht wiederzuerkennen sind. Dies gelte, "wenn ein Werk durch ein vorbestehendes angeregt wurde oder wenn von dem früheren Werk nur solche Bestandteile übernommen wurden, die durch das Urheberrecht mangels individuellen Charakters nicht geschützt sind". Eine Bestimmung über die freie Benutzung geschützter Werke, wie sie § 24 URG/BRD⁵⁸ enthält, sei aufgrund von Art. 2 VEURG II überflüssig. Damit würde der starre Schutz, den die BRD nur für die Melodie kennt, im neuen Recht auf das ganze Werkschaffen ausgedehnt. Wird nämlich "Erkennbarkeit" streng ausgelegt, so ist freie Benutzung praktisch nicht mehr möglich⁵⁹. -- Soll die gegenwärtige Regelung beibehalten werden, so darf "Erkennbarkeit" nur zur Charakterisierung der unfreien Benutzungen dienen. Als Abgrenzungskriterium hingegen müsste es weit ausgelegt werden; freie Benutzung wäre dann dort anzuneh-

58. Siehe den Wortlaut dieser Norm in § 2 Kap. 3.1.2.

59. Die Regelung des VEURG ist mit denjenigen der RBUE (siehe § 2 Kap. 2.1.2.1.) und des französischen Rechts verwandt. Bemerkenswerterweise stellen beide für unfreie Benutzung aber nicht das Kriterium der "Erkennbarkeit" auf (wiederum im Gegensatz zur Pariser Revision des WUA, siehe § 2 Kap. 2.2.).

Die einschlägigen Normen des französischen URG (vom 11.3.1957) haben folgenden Wortlaut (siehe Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert): Art. 4: "Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des oeuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par la présente loi, sans préjudice des droits de l'auteur de l'oeuvre originale."

Art. 40: "Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite.

Il en est de même pour la traduction, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque."

Nach französischer Rechtsauffassung ist nur eine Anlehnung an den Ideengehalt erlaubt, indem dadurch erneut ein "oeuvre originale" entsteht. Siehe dazu Desbois, N 6f.

men, wo sich diese Erkennbarkeit verliert und die Individualität des Originals verblasst⁶⁰.

Nach Art. 2 Abs. 1 VEURG aber auf das "Verblassen" abzustellen, ist nicht mehr möglich, wenn auch noch Art. 2 Abs. 2 VEURG⁶¹ mitberücksichtigt wird. Als Beispiele von "Werken zweiter Hand" werden hier nämlich nicht nur die Bearbeitungen und Uebersetzungen⁶², sondern auch die Variationen angeführt. Diese Benutzungsart wird nach heutiger Vorstellung gerade als der Idealtypus einer freien Benutzung qualifiziert, weil die individuellen Züge in der Regel verblassen⁶³. Die Variation hat der deutschen Lehre bezeichnenderweise auch immer als Beispiel gedient, um gegen den als ungerecht empfundenen starren Melodienschutz Sturm zu laufen⁶⁴. Da die Variation im VEURG als Beispiel (einer unfreien Benutzung) angeführt ist, müssen aus Gleichheitsgründen an alle anderen Benutzungsformen dieselben Massstäbe angelegt werden. In Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 VEURG wird eine strenge Auslegung zwingend.

60. Demgegenüber wollte die Expertenkommission I die inhaltlich gleiche Norm anders ausgelegt wissen. In den Erläuterungen zum VEURG I (UFITA Bd. 66 [1973], S. 218f.) führt sie nämlich aus, dass sich die Bearbeitung durch erkennbare Uebernahme auszeichne. Die freie Benutzung solle aber dort möglich sein, wo die individuellen Züge des Originals verblassen. Die Expertenkommission schlug für die "Erkennbarkeit" also eine Auslegung vor, die an der heute schon geltenden Rechtslage nichts geändert hätte.

Diese Erläuterungen sind insoweit missverständlich, als gesagt wird, dass die originale Individualität neben der Individualität der Benutzung verblassen müsse. Diese Formulierung spricht einen Begriff der freien Benutzung an, der längst überholtem juristischem Denken entspricht. Nach heutiger Auffassung muss die Individualität des Originals in jener der (freien) Benutzung verblassen.

61. Siehe den Wortlaut dieser Norm in FN 65 zu § 2.

62. Die Gleichstellung von Uebersetzung und Bearbeitung ist unverständlich, da Bearbeitung der Oberbegriff, Uebersetzung der Unterbegriff ist.

63. Siehe dazu § 5 Kap. 5.3.

64. Fromm/Nordemann, N 5 zu § 24, Bussmann/Pietzcker/Kleine, S. 354.

Damit wird der Bereich unfreier Benutzungen in ganz erheblichem Ausmass ausgedehnt. Es stellt sich die Frage, ob eine solche Verstärkung des Urheberschutzes wünschbar und sinnvoll ist. Ein grosser Teil der vorliegenden Arbeit hat dem Nachweis gedient, dass innerhalb der Problematik der Benutzungen auch der Schöpfung des Benutzers Rechnung getragen werden muss. Dies ist aber nur mit einem Institut freier Benutzung möglich, das die "Erkennbarkeit" noch zulässt, falls der Benutzer mit der Umformung weitgehend eigene Wege gegangen ist. Die bisherige Regelung hat sich bewährt. Sie vermochte die objektiv schützenswerten Interessen zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Auch im geltenden Recht sind die Anforderungen an die freie Benutzung hoch. Es ist zu befürchten, dass das streng ausgelegte Kriterium der "Erkennbarkeit" das Kunstleben zu stark einschränken wird. Die Auseinandersetzung der Kunst mit anderem Werkschaffen würde weitgehend verunmöglicht.

Es wäre also zu begrüessen, wenn Art. 2 Abs. 2 VEURG ersatzlos gestrichen würde oder wenn mindestens die Variation in der Enumeration nicht mehr erschiene. Dann wäre der Weg geöffnet, das Kriterium der "Erkennbarkeit" als Richtlinie für die Bestimmung der unfreien Benutzung anzuwenden und die freie Benutzung dort zuzulassen, wo die Individualität des Originals verblasst.

5. Zusammenfassung

Ist eine Benutzung als frei oder unfrei zu qualifizieren, so muss sie dem wiedergegebenen Originalwerk gegenübergestellt und mit diesem verglichen werden. Zu diesem Zwecke muss das Tatsachenmaterial aufgearbeitet werden. Die dabei anzuwendende Methode erfasst Original und Benutzung primär ganzheitlich und analysiert die beiden Werke in einem weiteren Schritt auf ihre individuellen Züge. Die Eigenart beider Objekte muss dergestalt präsentiert werden, dass ersichtlich wird, welche Elemente aus dem Original sich auch in der Benutzung wiederfinden.

Freie Benutzung liegt dann vor, wenn ein "neues selbständiges Werk" (Art. 15 URG) entstanden ist; das heisst, dass die individuellen Züge des Originals in der Benutzung verblassen müssen. Entscheidend ist dabei, dass das individuelle Material gerade durch die Umarbeitung des Benutzers eine neue Individualität erhält. Massgebend ist bei dieser Beurteilung das Wissen des Durchschnittsfachmannes. -- VEURG sieht eine Lösung vor, mit der die Herrschaft des am Original Berechtigten stark ausgedehnt wird. Jede noch erkennbare Uebernahme wäre als unfreie Benutzung zu qualifizieren.

§ 5 Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung im Werkschaffen

1. Vorbemerkung

Da die künstlerische Phantasie ohne Einschränkung bei der Umformung anderer Werke spielen kann¹, lassen sich die entstandenen Benutzungen nie abschliessend erfassen und in einer Typologie darstellen. Wohl können einzelne Arten (wie die Uebersetzung oder die Verfilmung) beschrieben werden, doch ist deren Definition meist unpräzis und für die Qualifikation der Benutzung ungeeignet. Dies gilt selbst für jene Benutzungsarten, welche die Gesetze als Beispiele von unfreien Benutzungen (respektive von Bearbeitungen) anführen²; es gibt immer wieder atypische Einzelfälle, die eine abweichende Qualifikation erfordern³. Es lässt sich daher nur für den Einzelfall (an Hand des allgemeinen Kriteriums) eine endgültige Entscheidung treffen. Diese Einzelfall-Ge-bundenheit der Abgrenzungsproblematik kann nicht genug betont werden, und man hat sie sich auch bei den nachstehenden Ausführungen stets vor Augen zu halten.

In der Folge wird auf einzelne Beispiele von Benutzungen in den verschiedenen Bereichen des Werkschaffens eingegangen. Dies geschieht in der Meinung, damit auf die Besonderheiten typischer Erscheinungen hinzuweisen. Es ist aber

1. Siehe § 1 Kap. 2.

2. Art. 4 und 13 URG; Art. 8, 12 und 14 RBUE; besonders detailliert ist § 12 LUG (wiedergegeben in § 2 Kap. 3.1.1.).

3. Siehe dazu insbesondere die Ausführungen zur Uebersetzung in § 5 Kap. 4.2.2.

nicht möglich, damit Typen freier oder unfreier Benutzungen abschliessend zu beschreiben. -- Sowohl in theoretischen wie auch in praktischen Fragen ist immer eine sorgfältige Auseinandersetzung mit den Besonderheiten des jeweiligen Werkschaffens erforderlich. Dies gilt unabhängig davon, ob nun ein ausgesprochener Einzelfall oder ein typisches Phänomen untersucht wird.

2. Die Abgrenzung von verwandten Phänomenen

2.1. Die Sammlung

2.1.1. Die Abgrenzung der Benutzung von der Sammlung

Unter Sammlung⁴ (oder Sammelwerk⁵) ist das Zusammenstellen von Einzelteilen zu einer Einheit zu verstehen. Urheberrechtlich geschützt ist nur jene Sammelstätigkeit, bei der in Auswahl und Anordnung⁶ der einzelnen Beiträge eine gedankliche Vorstellung in individueller Form zum Ausdruck gebracht wird⁷. In praktischer Hinsicht ist das Sammelurheberrecht insbesondere im Bereich des literarischen Schaffens⁸ von Bedeutung, etwa bei der Zusammenstellung von Lexika, Enzyklopädien, Zeitschriften und Zeitungen⁹.

4. Ausser im URG (Art. 3) wird dieser Ausdruck auch in Art. 2 Abs. 3 RBUE und Art. 3 VEURG verwendet.

5. VEURG (Art. 3) verwendet diesen Terminus neben jenem der "Sammlung".

In der älteren Literatur findet sich auch der Ausdruck "Kompilation"; so bei Weber, S. 43.

6. Hubmann, S. 115, und Ulmer, S. 165.

7. Das ist etwa bei der gewöhnlichen Taschenbuchreihe nicht der Fall.

8. Es gibt aber auch Sammelwerke aus anderen Kategorien des künstlerischen Schaffens, wie Bildbände oder Liedersammlungen; Ulmer, S. 164. Die eigentliche Sammlung vermittelt aber auch hier begriffliche Vorstellung und gehört somit der literarischen Kategorie an.

9. Hubmann, S. 116, oder Ulmer, S. 164. Ohne Bedeutung ist, ob die Sammlung periodisch erscheint oder nicht.

In einer Benutzung wird definitionsgemäss ein Werk der Literatur und Kunst wiedergegeben. Dies ist beim Sammelwerk zwar sehr häufig der Fall, stellt aber kein Definitionsmerkmal dar¹⁰. Sofern aber eine Sammlung auf Werken aufbaut, kann eine Verwandtschaft zu den Benutzungen entstehen. Es ist hier also der Frage nachzugehen, wie sich Sammlung und Benutzung voneinander abgrenzen lassen. Idealtypisch unterscheiden sich die beiden Phänomene dadurch, dass in der Benutzung die vorbestehenden Werke umgestaltet wiedergegeben werden, während sie im Falle des Sammelwerkes unverändert in den neu geschaffenen Bezugsrahmen eingebaut werden. Freilich gibt es Grenzfälle, in denen die Zuordnung -- insbesondere zu den Bearbeitungen oder den Sammlungen -- nicht leichtfällt. So existieren einerseits Bearbeitungsformen, die auf mehreren vorbestehenden Werken aufbauen und diese in einer umgestalteten Form zu einem neuen Werk zusammenschweissen (Potpourri¹¹). Andererseits finden sich Sammlungen, für welche die vorbestehenden Werke umgestaltet werden (Zeitschriften mit redigierten Einzelbeiträgen). Die Grenzziehung zwischen Sammelwerk und Bearbeitung kann aber nur von akademischem Interesse sein. Die Rechtsfolgen einer Qualifikation als Sammlung (Art. 3 URG) oder als Bearbeitung (Art. 4 Abs. 1 URG) sind nämlich insofern gleich, als in beiden Fällen ein neues (subjektives) Urheberrecht verliehen wird, dem die Rechte der an den Originalen Berechtigten vorbehalten sind.

Für die Abgrenzung von Sammlung und freier Benutzung ist mit demselben Kriterium wie bei der Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung zu arbeiten. Die Sammlung gibt (analog der unfreien Benutzung) die Einzelbeiträge deutlich

10. Ulmer, S. 164; a.M. Troller (Immaterialgüterrecht I), S. 376ff.
11. Siehe dazu § 5 Kap. 5.3.

erkennbar wieder. Soll demgegenüber eine Benutzung (mit mehreren Einzelbeiträgen) als frei qualifiziert werden, so müssen darin definitionsgemäss alle Beiträge verblassen.

2.1.2. Die Benutzung der Sammlung

Ist hier von der Sammlung die Rede, so ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass sich auch dieses Werk umgestalten lässt. Sie ist wie jedes andere Werk benutzbar. Kehren in einer neu entstandenen Sammlung die individuellen Züge einer anderen wieder, so ist nach dem allgemeinen Kriterium zu entscheiden, um welche Benutzungsart es sich dabei handelt. Abzustellen ist auf die charakterisierende Auswahl und Anordnung der einzelnen Beiträge. Tritt mit der benutzenden Sammlung ein selbständiges Werk zu Tage, in dem die Individualität des Originals verblasst, so liegt freie, andernfalls unfreie Benutzung vor.

Das Vorliegen der freien Benutzung einer Sammlung dürfte selten sein, wenn lediglich die bereits im Originalwerk verwendeten Einzelbeiträge in anderer Art und Weise zusammengestellt werden¹². Eher denkbar ist die freie Benutzung da, wo nur das Konzept einer Sammlung benutzt und auf anderes Material übertragen wird. Diese Verwendungsart der Sammlung garantiert aber freie Benutzung noch nicht. Vielmehr muss dafür auch das eigentliche Konzept von Auswahl und Zusammenstellung des Originals gegenüber den neuen Formen in den Hintergrund treten¹³.

-
12. Entsteht eine freie Benutzung des Sammelwerkes, so bleiben nur die allfälligen Berechtigungen der einzelnen Beitraggeber vorbehalten. Entsteht dagegen eine unfreie Benutzung, so ergibt sich sogar eine doppelte Abhängigkeit für die Sammelwerkbenutzung, nämlich von Einzelbeitrag und Original-Sammelwerk.
 13. Dies ist allerdings im Bereich der kleinen Münze von Sammelwerken leicht der Fall; Ulmer, S. 165f.

2.2. Das Zitat

Auch das Zitat (Art. 26 URG) hat mit der Benutzung ein wichtiges Merkmal gemeinsam: Es spielt immer eine andere Schöpfung eine Rolle. Für die Unterscheidung der beiden Institute ist die Art der Bezugnahme auf das vorgegebene Werk ausschlaggebend. Im Falle der Benutzung findet eine Umformung statt, während dies beim Zitat grundsätzlich nicht der Fall sein darf. Das korrekte Zitat¹⁴ zeichnet sich dadurch aus, dass die Entnahmen aus dem Originalwerk in der ursprünglichen Form erfolgen und allfällige Aenderungen in einer engen Bandbreite die Ausnahme bleiben müssen. Wohl ist zum Beispiel die Bezugnahme auf einen in der direkten Rede geschriebenen Text in indirektem Ausdruck ebenso zulässig¹⁵ wie eine Uebersetzung für ein Publikum, das dieser Sprache nicht mächtig ist. Damit durch derartige Umformung aber die Schöpfung des Originalurhebers nicht verletzt wird, bestimmt Art. 26 Abs. 2 URG, dass die Wiedergabe keine missbräuchliche sein dürfe. Das muss im Falle der verändert wiedergegebenen Quelle heissen, dass die Umformung nur in ganz engem Rahmen zulässig sein kann¹⁶.

Zitat und freie Benutzung fallen beide nicht unter die Werkherrschaft des am Original Berechtigten. Unter diesem Gesichtspunkt interessiert denn auch die Unterscheidung zwischen den beiden Instituten wenig; es ist aber zu beachten, dass das Zitat die Freistellung von der Werkherrschaft unter ganz anderen Gesichtspunkten erlangt als die freie Benutzung. Bei letzterer ist entscheidend, ob ein "neues

14. Die Nutzungsfreiheit beim Zitat ist mit der Verpflichtung zur Quellenangabe verbunden; siehe Art. 26 Abs. 2 URG und Art. 34 Abs. 3 VEURG.

15. Löffler/Glaser, S. 478.

16. Löffler/Glaser, S. 478 und Sciaroni, S. 61f.

selbständiges Werk" entsteht, mit dem vom Original abgerückt wird¹⁷. Demgegenüber ist das Zitat von der reinen Werknutzung dominiert: Die ausnahmsweise zulässige Umgestaltung ist mit dem Erfordernis pedantischer Werktreue verbunden. Dafür wird das Zitat an die Bedingung der Quellenangabe geknüpft (Art. 26 Abs. 2 URG).

Anders sieht die Abgrenzung von Zitat und unfreier Benutzung aus. Weil die nicht geschützte Benutzungsform "Aenderrung" mit nur geringfügiger Umformung verbunden ist¹⁸, kann deren Intensität hier nicht als Unterscheidungsmerkmal dienen. Bei der Abgrenzung von Zitat und unfreier Benutzung ist auf das Verhältnis von Entnahme und Neuschöpfung abzustellen. Wie auch immer die Zulässigkeit des Zitates konkret ausgestaltet ist¹⁹, hat es doch immer einen ganz bestimmten Zweck zu verfolgen²⁰, der sich in einer der neuen Aussage dienenden Funktion äussert. In diesem Sinne ist das im Zitat übernommene Material der Neuschöpfung völlig untergeordnet²¹. Demgegenüber ist bei der unfreien Benutzung das Originalwerk dominant. Hier ist die Schöpfung des Benutzers derjenigen des Originalurhebers untergeordnet, weshalb auch dessen Herrschaft auf diese Benutzungsformen ausgedehnt wird.

17. Löffler/Glaser, S. 479.

18. Siehe dazu § 2 Kap. 1.1.1.1.

19. Siehe dazu etwa die unterschiedlichen Formulierungen von Art. 26 URG, Art. 34 VEURG und § 51 URG/BRD. Für Einzelheiten siehe die Arbeit von Sciaroni.

20. Siehe insbesondere § 51 URG/BRD; dazu Sciaroni, S. 25ff.

21. Muttenez, S. 340f., und Sciaroni, S. 28f.

2.3. Die Leistung des ausübenden Künstlers

Nicht alle Werke der Literatur und Kunst werden -- wie etwa ein Tafelbild -- der Aussenwelt direkt mitgeteilt; viele sind auf eine Präsentation durch ausübende Künstler zugeschnitten, so zum Beispiel Schauspiele (für Regisseure²², Schauspieler und Bühnenbildner), Musikwerke (für Dirigenten, Sänger und Instrumentalmusiker) oder auch Ballette²³. Die Leistung des ausübenden Künstlers, die Interpretation²⁴, ist einerseits durch das Originalwerk weitgehend vorbestimmt, andererseits bleibt dem Künstler noch die Möglichkeit, seiner Vorführung einen besonderen Ausdruck zu verleihen.

Für Lehre²⁵ und Rechtsprechung²⁶ stellen die Interpretationen keine Schöpfungen im Sinne des Urheberrechts²⁷ dar. Deshalb kann mit der Vorführung auch kein neues Werk entstehen. Und wenn die Interpretation ausnahmsweise doch schöpferische Züge annimmt, so bleibt der ausübende Künstler dem interpretierten Werk weitgehend verpflichtet, so dass seine Leistung höchstens als Bearbeitung (Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG), nicht aber als freie Benutzung schützbar ist²⁸. Die Voraussetzungen für den Schutz gemäss Art. 4 URG sind nicht Thema der vorliegenden Arbeit²⁹.

22. Siehe dazu im besonderen die Ausführungen in § 5 Kap. 4.2.4.

23. Zschokke, S. 98f.

24. Dieser Ausdruck ist vor allem in der Musik gebräuchlich, findet sich aber auch bei den anderen Werkgattungen. (In der Literaturwissenschaft hat "Interpretation" allerdings die Bedeutung von Auslegung).

25. Vgl. dazu etwa Nater, S. 40ff., Baumann, S. 41, oder Kummer, (Werk), S. 156ff. A.M. sind Troller (Immaterialgüterrecht I), S. 390ff., und Heim, S. 84ff.

26. Vgl. insbesondere BGE 85 II 431ff. Erw. 2b und die in dieser Begründung enthaltene Auseinandersetzung mit der Meinung Trollers.

27. Die Schweiz hat keinen Leistungsschutz.

28. Vgl. Ulmer, S. 159f.

29. Vgl. dazu etwa Brugger, S. 92ff., und Steiger-Herms (Leistungsschutz), S. 18ff.

Die freie Benutzung im Rahmen einer Interpretation kommt nur dort in Frage, wo sich der ausübende Künstler von einem vorbestehenden Werk lediglich anregen lässt und davon so sehr abweicht, dass ein selbständiges Werk entsteht. Solche Interpretationsformen sind etwa in der sogenannten Entwurfsmusik oder in der Jazzimprovisation bekannt. Damit wird aber der Bereich der eigentlichen Interpretation verlassen; es ist das allgemeine Kriterium der Bestimmung freier Benutzung anzuwenden³⁰.

3. Die Grenzbestimmung bei allgemeinen Benutzungstypen

3.1. Die Parodie

In der Kulturgeschichte hat die kritische Bezugnahme auf das Schaffen anderer Künstler eine sehr alte Tradition, in der sich vielfältige Ausdrucksformen entwickelt haben³¹. Ein Teil dieser Phänomene ist begrifflich mehr oder weniger exakt erfasst und wird mit Termini wie Parodie, Travestie³², Satire, Karikatur³³ oder Imitation bezeichnet.

Wenn nun in der Folge auf diese (hier ganz generell als Parodien bezeichneten) Phänomene eingegangen wird, so ist vorweg zu betonen, dass im Rahmen des vorliegenden Themas nur jene Parodien relevant sind, die eigentliche Benutzungen darstellen; es gibt daneben eine Unzahl ähnlicher Erscheinungen, in denen kein urheberrechtlich geschütztes

30. Siehe dazu die Ausführungen in § 5 Kap. 5.3.

31. Siehe Hefti, S. 63ff.

32. Der Unterschied von Parodie und Travestie besteht darin, dass die Parodie die äussere Form des Originalwerkes beibehält, ihm aber durch Umformung einen anderen Inhalt "gibt", während die Travestie den Inhalt beibehält und dafür eine neue Form schafft.

33. Siehe Hefti, S. 89.

Material benutzt wird. Sehr viele als Parodien bezeichnete Phänomene kritisieren und verspotten nämlich nicht bestimmte Werke der Literatur und Kunst, sondern setzen sich mit einem künstlerischen Stil (also einer bestimmten Kunstrichtung) auseinander; oder sie parodieren den interpretierenden Künstler, etwa durch die Imitation seiner Stimme oder typischer Gesten. Andere Parodien sind hier nicht von Interesse, da sie sich auf nicht mehr geschützte Werke beziehen.

Die Parodie ist mit den Worten Heftis³⁴ wie folgt definiert: "Ein Kunstwerk parodieren heisst, dessen formale Gestalt und/oder dessen inhaltliche Stoffe und Sujets zu übernehmen oder mehr oder minder zu verändern und umzubilden in der Absicht, dadurch Heiterkeit hervorzurufen, das Werk zu verspotten und lächerlich zu machen und/oder auf komische Art und Weise das benutzte Werk (...) zu kritisieren." -- Der Parodist verarbeitet ein Werk unter antithematischen Gesichtspunkten³⁵. Dabei muss er mit einer ziemlich engen Bezugnahme auf das Original dem Konsument kundtun, welches Werk er eigentlich meint. Zugleich macht er aber mit den von ihm geschaffenen, respektive umgestalteten Formen eine neue Aussage, mit der er sich in irgend

34. Hefti, S. 92.

35. Siehe Ulmer, S. 277, und den BGH-Entscheid "Disney-Parodie" in UFITA Bd. 62 (1971), S. 268.

Einen seltenen Fall einer antithematischen Behandlung eines anderen Werkes hatte der Einzelrichter in Strafsachen des Zürcher Bezirksgerichtes zu beurteilen ("Neue Zürcher Zeitung" vom 20.6. 1984, S. 49): Ein Autor schilderte in einem Zeitungsartikel auf ironische Art eine Zivilschutzübung. Der Benutzer veränderte diesen Bericht dahingehend, dass er die kritisierenden Stellen wegliess und dafür eigene Sätze einfügte. Dadurch bekam die Schilderung der Übung einen positiven Anstrich. In dieser veränderten Wiedergabe sah der Richter eine Urheberrechtsverletzung. -- Gemäss der Definition von Hefti stellt diese (antithematische) Benutzung aber keine Parodie dar.

einer Art vom Originalwerk distanziert. Dabei wird er schöpferisch tätig, womit sich die Frage stellt, ob die Parodie als Bearbeitung oder als freie Benutzung zu qualifizieren ist. Das Gesetz schweigt sich darüber aus³⁶; die Lehre hält zum grössten Teil dafür, dass die Parodie von Fall zu Fall einzuordnen sei³⁷, wobei gerade sie hohe Chancen habe, als freie Benutzung qualifiziert zu werden³⁸.

Dieser Ansicht ist Ernst Hefti in seiner Monographie über die Parodie entgegengetreten. Die Anlehnung an das Originalwerk sei notwendigerweise so eng, dass sich de lege lata die Qualifikation als freie Benutzung verbiete³⁹. Nur de lege ferenda würde es sich rechtfertigen, die rein kritische Parodie durch eine Spezialnorm als eine nicht mehr unter die Werkherrschaft fallende Benutzung zu bestimmen⁴⁰. Dies mit der Begründung, dass in dieser Form das öffentliche Interesse nach freier Meinungsäusserung besonders stark sei und entsprechend berücksichtigt werden müsse.

36. Im Gegensatz zum französischen Recht; siehe Hefti, S. 44ff., und den Wortlaut der einschlägigen Norm in FN 44 zu § 5.

37. Zschokke, S. 89; Lutz (Schranken), S. 28; Hubmann, S. 180; Ulmer, S. 277; unklar Weiss, S. 62.

38. Zschokke, S. 88; Weber (S. 49f.) sieht in der Parodie immer freie Benutzung.

Die deutsche Rechtsprechung wendet bei Parodien einen mildereren Massstab an; für freie Benutzung muss zwar ein neues selbständiges Werk entstehen, doch braucht es nicht bis zum Verblassen zurückzutreten. Siehe die "Disney-Parodie" des BGH in UFITA Bd. 62 (1971), S. 269 und die "Lachende Sonne" in UFITA Bd. 94 (1982), S. 377. Im letzteren Falle entschied das OLG Frankfurt a/M, dass der Austausch des Schriftzuges "ATOMKRAFT? - NEIN DANKE" durch "DEMOKRATIE? - NEIN DANKE" auf der sonst gleich gehaltenen Zeichnung einer Sonne eine unfreie Benutzung darstelle.

39. Hefti, insbesondere S. 105.

Vgl. auch den japanischen Fotomontage-Entscheid in GRUR Int. (1981), S. 698ff. mit den Anmerkungen von Lutz Walter.

40. Hefti, S. 123, und die diesbezügliche Kritik bei Muttentzer, S. 343.

Der Ansicht Heftis ist zu folgen⁴¹. Das Gesetz hat sich darauf beschränkt, die Benutzungsfrage den Grundzügen nach zu regeln. Wohl kann bei der Auslegung in einem gewissen Rahmen auf die Schwerpunkte der einzelnen Benutzungstypen eingegangen werden. Für den Fall der Parodie ist zu berücksichtigen, dass die Allgemeinheit⁴² an weitgehender Freiheit solcher Benutzungen interessiert ist⁴³. Die Auseinandersetzung mit der Kunst soll nicht allein in Form reiner Kritik erfolgen, sondern auch mit den Ausdrucksmitteln der Kunst selbst. Dies würde eine Gesetzesauslegung erfordern, welche die Parodie als freie Benutzung qualifiziert. Dem steht aber der Gesetzeswortlaut entgegen, da die Parodie eine "Wiedergabe" (im Sinne von Art. 13 URG) darstellt. Die Notwendigkeit einer engen Bezugnahme auf das Original lässt keine Möglichkeit, ein "neues selbständiges Werk" (Art. 15 URG) zu schaffen. Es kann keinen Grund geben, wegen des hier besonders starken Interesses der Allgemeinheit den klaren Gesetzeswortlaut zu durchbrechen. Das Allgemeininteresse kann höchstens dazu beitragen, in Grenzfällen die Qualifikation einer Parodie als freie Benutzung zu erleichtern.

Diese Auslegung der relevanten Gesetzesbestimmungen muss die bedauernswerte Konsequenz haben, dass die Parodie als Bearbeitung unter die Werkherrschaft des am Original Berechtigten zu stehen kommt (Art. 13 URG). Die Parodie darf demzufolge nur mit dessen Zustimmung verwertet werden (die aber angesichts der Verspottung des Originals nicht leicht zu erhalten sein dürfte). Mit der Qualifikation als unfreie Benutzung wird dieser alten Kunstform eine schwere Ein-

41. So auch Christen, S. 41.

42. Siehe § 3 Kap. 4.4.

43. Hefti, S. 113ff.

schränkung auferlegt. Die Parodie könnte nur mit einer besonderen Gesetzesbestimmung gefördert werden⁴⁴.

3.2. Die Transformation

Die künstlerische Phantasie macht nicht halt davor, Werke von einer Kunstform in eine andere umzusetzen (zu transformieren). Da sich diese Uebertragung regelmässig mit einer Umformung verbindet, ist hier der Einordnung als freie, respektive unfreie Benutzung nachzugehen. In der Vielfalt aller Transformationen zeigt sich, dass die Relation von Original und Benutzung von zwei Variablen abhängig ist. Es ist dies einmal der Grad der Verwandtschaft zwischen den beiden Werktypen und zum andern die Art, wie getreu sich der Benutzer bei der Transformation an die Vorlage hält⁴⁵.

Je nachdem, wie nahe die zur Diskussion stehenden Werktypen miteinander verwandt sind, ergibt sich für die Qualifikation ein anderes Bild. So ist beispielsweise nur eine geringe Umformung nötig, um ein Tafelgemälde in Form eines Kupferstiches wiederzugeben, während der musikalische Ausdruck eines Dramas eine intensive Umformung verlangt. Zudem spielt es eine Rolle, ob der Benutzer das Original lediglich ins neue Medium umsetzt respektive ob er sich dabei zugleich vom Vorbild löst und dieses nur als Anregung nimmt. Ausschlaggebend für freie Benutzung ist, dass das

44. Siehe den Vorschlag von Hefti (S. 123) oder die Sondernorm für die Parodie in Art. 41 des französischen URG vom 11.3.1957:
"Lorsque l'oeuvre à été divulguée, l'auteur ne peut interdire:

...

4. La parodie, le pastiche et la caricature, compt tenu des lois du genre."

In VEURG I und II finden sich aber keine Sondernormen für die Parodie.

45. Vgl. Kummer (Werk), S. 165, und Schramm (Leistung), S. 229f.

Original mit dem Wechsel in eine andere Werkkategorie in einer Art umgeformt wird, die über das hinausgeht, was für die Anpassung an das neue Medium erforderlich ist.

Diese verschiedenartige Abhängigkeit von Original und Benutzung erlaubt keine einheitliche Zuordnung der Transformation, sondern es ist immer auf die Besonderheiten des Einzelfalls abzustellen. Im Rahmen der Ausführungen zu den einzelnen Werkkategorien⁴⁶ wird auf jene Benutzungen eingegangen, bei welchen das Original innerhalb einer Kunstform (Literatur, Musik oder Kunst) umgearbeitet wird, beispielsweise das literarische Werk mit einer Dramatisierung in eine neue Sprachform gebracht wird. Haben solche Umsetzungen mitunter auch eine grosse praktische Bedeutung, so gilt es hier den mehr theoretisch interessanten Phänomenen nachzugehen, in welchen ein Originalwerk in eine ganz andere Kunstform übertragen wird⁴⁷. Zum Beispiel wird eine im Originalwerk sprachlich ausgedrückte Vorstellung in Töne umgesetzt oder mittels bildnerischer Mittel veranschaulicht (wie etwa die Gemälde von Honoré Daumier von Don Quijote und Sancho Pansa oder die Buchillustrationen für Candide von Paul Klee).

Solche Transformationen verlangen vom Benutzer eine intensive Auseinandersetzung mit dem Originalwerk und mit den Ausdrucksmöglichkeiten der anvisierten Kunstform. Da die Ausdrucksmittel von Literatur, Musik und Kunst grundverschieden sind, erfordert die Umsetzung eine selbständige Individualisierung eigener gedanklicher Vorstellungen. Die Notwendigkeit, mit dem Ausdruck in der neuen Kunstform weitgehend eigene Wege zu gehen, lässt diese Umsetzung in

46. Siehe § 5 Kap. 4 bis 6.

47. Lutz (Schranken), S. 29f.

aller Regel nicht mehr als Wiedergabe im Sinne von Art. 13 URG, sondern als selbständiges Werk (im Sinne von Art. 15) erscheinen⁴⁸.

Die Einordnung der noch näher zu erörternden Verfilmung eines Sprachwerkes als eine unfreie Benutzung (Art. 13 Abs. 1 Ziffer 3 URG) steht diesen Ausführungen nicht entgegen⁴⁹. Obwohl dabei die recht weitgehende Transformation des rein sprachlich gefassten Werkes in einen auf Bildern aufbauenden Film stattfindet, ist die Verfilmung bei getreuer Umsetzung als Bearbeitung zu behandeln. Sprachwerk und Film gehören nämlich zur gleichen Kunstform, zu der auf begrifflichen Elementen basierenden Vorstellungsvermittlung (Literatur)⁵⁰. Der Film wird trotz der Umsetzung in Bilder vom selben Handlungsablauf dominiert, der auch schon das originale Sprachwerk beherrscht.

3.3. Fortsetzungen, Serien, Zyklen

3.3.1. Die Fortsetzung eines Werkes

3.3.1.1. Zum Begriff

Dem Problemkreis der Fortsetzung liegt kein einheitlich verwendeter Begriff zugrunde. Daher ist er in seiner gebrauchten Tragweite kurz zu skizzieren⁵¹. Unter Fortsetzung ist im Zusammenhang mit der Benutzungsfrage die Weiterführung eines Originalwerkes in der Zeit zu verstehen. Dazu

48. Hubmann, S. 179, und Movsessian/Seifert, S. 111f.

49. Siehe § 5 Kap. 4.5.

50. Hubmann, S. 179.

51. Romane, die für eine Zeitung in eine gewisse Anzahl von "Fortsetzungen" zerstückelt werden, fallen ebensowenig unter den hier gemeinten Begriff wie Fernsehproduktionen, in denen ein bestimmter Film in mehreren Ausstrahlungen gesendet wird.

werden die Personencharakterisierungen, das Handlungsschema sowie allenfalls Milieuschilderungen aus dem Original übernommen. Dies ist der Rahmen für die Benutzung, in der die übernommenen Figuren in einer neuen "Story" auftreten⁵². In diesem neuen Umfeld wird das Original in der fortgeschrittenen Zeit weiterentwickelt⁵³. Dafür können aber die Personencharakterisierungen und das Handlungsschema nicht völlig unverändert übernommen werden (also keine Werknutzung), sondern sie müssen den neuen Umständen angepasst werden. Es findet also eine Umformung von Werkteilen statt; es ist hier zu fragen, ob damit eine freie oder eine unfreie Benutzung geschaffen wird⁵⁴.

3.3.1.2. Charakteristikum der Benutzung

Die Fortsetzung benutzt das Original in ganz bestimmten Teilen⁵⁵. Es handelt sich dabei aber nicht um Elemente, wie man sie normalerweise in der urheberrechtlichen Diskussion definiert, nämlich als sinnlich wahrnehmbar gemachte Stücke aus dem Werk. Vielmehr wird hier ein Werkelement benutzt, das nur an Hand anderer Werkteile überhaupt mitteilbar ist und das einen relativ hohen Abstraktionsgrad aufweist. Diese Werkteile vermitteln nicht das, was eine bestimmte Person in einer konkreten Situation tut; der Betrachter asso-

52. Zschokke, S. 91.

53. Bei Fortsetzungswerken ist häufig Selbstbenutzung anzutreffen.

54. Bei der eigentlichen Fortsetzung werden die Personen auch regelmässig gleich wie im Original benannt. Ist dies nicht der Fall, so ist die Benutzungsqualifikation nach den allgemeinen Regeln des literarischen Werkes vorzunehmen; vgl. auch Strömholm, S. 190. Dies gilt auch für jene Benutzungen, die nur auf die Personen eines anderen Werkes anspielen, ohne dass ein Fortsetzungszusammenhang geschaffen wird. Vgl. Ulmer, S. 277, und dort zitierte Entscheide sowie BGE 85 II 120ff. (Sherlock Holmes), zusammengefasst in § 2 Kap. 1.1.2.

55. Zschokke, S. 91.

ziiert das Wahrgenommene aber stets mit einer bestimmten Figur und lässt ihn etwa ausrufen: "Typisch Trotzkopf!" Auch mit dem relativ hohen Abstraktionsgrad ist die Personencharakteristik bei ausreichender Individualisierung Urheberrechtlich durchaus schützbar.

Das bei der Fortsetzung benutzte Werkelement ist begrifflicher Natur. Demnach muss die Fortsetzungsproblematik strenggenommen der Werkkategorie "Literatur" zugeordnet werden. Da nun aber in der Welt des Comic strip, von "Asterix" und "Mickey Mouse", die "Personen"-Charakterisierung so eng mit den zeichnerischen Elementen verbunden wird, dass sie davon nicht mehr zu trennen ist, muss der Fortsetzungsbegriff grundsätzlich auf all jene Werkformen ausgedehnt werden, durch die eine "Personen"-Beschreibung zu erreichen ist.

3.3.1.3. Kriterium der freien Benutzung

Wird mit dem Fortsetzungswerk ein ganz bestimmter Teil eines Originalwerkes benutzt, so ist die Frage nach der Benutzungsart im konkreten Einzelfall⁵⁶ durch eine Gegenüberstellung von Original und Fortsetzungswerk zu entscheiden. Für das Fortsetzungswerk wird das Personen- und Handlungsgefüge entweder aus künstlerischen Überlegungen oder zur Anpassung an den neuen Zeitrahmen umgestaltet. Für die Entscheidung, ob in solchen Fällen freie oder unfreie Benutzung vorliegt, ist auch heute noch der "Heidelberg"-Fall⁵⁷ beispielhaft. In den Erwägungen wird ausgeführt, dass beim

56. Das dürfte heute die herrschende Meinung der Lehre sein; siehe Hubmann, S. 179, oder Zschokke, S. 91

A.M. sind Joseph/Schwanhäusser, die die Fortsetzung generell als unfreie Benutzung qualifizieren (S. 448), und zwar aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes.

57. Siehe die Zusammenfassung dieses Entscheides in § 2 Kap. 3.2.

Fortsetzungswerk besonders strenge Anforderungen an die freie Benutzung zu stellen seien, weil hier in der Regel eine sehr enge Anlehnung an das Original vorliege, insbesondere durch Wiederholung der beim Publikum bekannt gewordenen Situationen. Für die freie Benutzung müsse entscheidend sein, ob in den wesentlichsten Momenten etwas Neues dargestellt werde. Dies sei insbesondere zu bejahen, wenn ein ganz neues Problem behandelt oder die Personen in neue Situationen hineingestellt würden. Abzustellen sei darauf, ob die Fortsetzung insoweit als selbständiges Werk erscheine, als sie ohne das Original -- aus sich heraus -- verständlich sei. Dies treffe nicht zu, wenn die Fortsetzung lediglich als "Aufguss" des Originals erscheine.

Es ist zutreffend, dass ein Original gegen Werkfortsetzungen eines besonders starken Schutzes bedarf. Obwohl die Benutzung in solchen Fällen unter Umständen einen stark abweichenden Sinngehalt vermittelt, stellt sie doch ein kompliziertes Geflecht von Anspielungen und Bezugnahmen auf Situationen und Stimmungen dar⁵⁸, welche die Interessen des am Original Berechtigten besonders stark tangieren können. Trotzdem ist nicht jede Fortsetzung als unfreie Benutzung zu qualifizieren; dies gilt nur dann, wenn trotz der veränderten Umwelt die Personencharakteristik erkennbar die gleiche ist und ihre individuellen Züge in die Benutzung übernommen worden sind. Dies dürfte bei der eigentlichen Fortsetzung aber die Regel sein⁵⁹. Freie Benutzung ist nur da möglich, wo das Original nicht fortentwickelt wird, sondern nur Anspielungen stattfinden. Eine solche Benutzung wird aber dem Namen "Werkfortsetzung" gar nicht mehr gerecht.

58. Vgl. Zschokke, S. 91

59. Hubmann, S. 180, und Zschokke, S. 91f.

Wird für ein Originalwerk, von dem schon eine Fortsetzung besteht, eine zweite geschaffen, so werden dadurch nicht nur die Rechte des Originalurhebers tangiert, sondern unter Umständen auch jene des Erstfortsetzers. Dies ist sicher dann der Fall, wenn der Zweitfortsetzer nicht das Original, sondern die Erstfortsetzung weiterführt. Das Herrschaftsrecht des Erstfortsetzers kann aber auch von einer Zweitfortsetzung verletzt werden, wenn nur das Original fortgeführt wird. Dies trifft für jene Fälle zu, wo der Zweitbenutzer nicht nur das Original weiterführt, sondern in seinem Werk auch geschützte Elemente aus der Erstfortsetzung unfrei verwendet. Für die entsprechende Qualifikation muss das Zweitwerk nicht nur dem Original, sondern auch der Erstbenutzung gegenübergestellt werden. Zeigt sich dabei, dass dem Zweitbenutzer die Erstfortsetzung nicht nur als Anregung gedient hat, sondern in dessen Werk als Kern in Erscheinung tritt⁶⁰, so liegt unfreie Benutzung vor. Es ist in diesen Fällen insbesondere darauf zu achten, inwieweit das Original einen bestimmten Fortgang der Handlung geradezu aufdrängt, respektive inwieweit den Fortsetzern für Phantasie Raum bleibt. Je kleiner dieser ist, desto näher kann auch die freie Zweitbenutzung bei der Erstfortsetzung liegen.

3.3.2. Das Serienwerk

Ein anderes Erscheinungsbild als die Fortsetzung hat das Serienwerk; aus der Sicht des Urheberrechts liegen jedoch die Schwerpunkte weitgehend gleich. Es geht hier um Phänomene, die vor allem aus der Welt des Films und des Comic strip bekannt sind. Es wird mit dem Serienwerk eine Perso-

60. Siehe dazu den "Trotzkopf"-Entscheid des OLG Karlsruhe (GRUR 59. Jg. [1957], S. 395ff., zusammengefasst in § 2 Kap. 3.2.).

nencharakteristik geschaffen⁶¹ und in ganz verschiedenen Situationen (in Einzelwerken) zum "Spielen" gebracht. Es besteht dabei kein Fortsetzungszusammenhang (in der Zeit)⁶², sondern jeder Teil der Serie ist so aufgebaut, dass er auch sich heraus verständlich wird⁶³. -- Bei Fragen um die Serie gilt es also zu unterscheiden zwischen dem eigentlichen Serienwerk und den daraus hervorgebrachten Einzelwerken. Urheberrechtlich schützbar sind sowohl das Grundmuster der Serie, wie auch die Einzelwerke. Während beim letzteren die Schutzvoraussetzungen durch eine individuelle Spielhandlung in aller Regel erfüllt sind, dürfte dies bei vielen Serienwerken nicht der Fall sein. Weniger bei Comic-strip-Serien als vielmehr bei Krimi- und Wildwestserien werden die Personen in einer Art charakterisiert, durch die keine Abhebung vom Gemeingut stattfindet. Die Vergegenwärtigung des Serienmusters beim Konsumenten beruht hier vor allem auf den immer gleichbleibenden Interpretationen. Solche Serienwerke dürfen ohne Erlaubnis ihres "Schöpfers" verwendet werden.

Wird aus dem Serienwerk ein neues Einzelwerk gestaltet, so liegt eigentliche Werknutzung vor. Das Grundscheema wird als solches in einer neuen Episode angewandt, zu diesem

61. Meist wird dieses Grundscheema für die Serien in aufwendigen Verfahren geplant; dies ist aber kein Definitionsmerkmal der Serie, vielmehr ist es auch denkbar, dass eine solche spontan aus einem bestimmten Werk heraus entwickelt wird.

62. Es gibt mehrere Fernsehserien, bei welchen jedes Einzelwerk so aufgebaut wird, dass es weitgehend aus sich selbst verständlich ist; doch wird mit der Zusammenstellung der Einzelwerke zugleich ein Gesamtzusammenhang geschaffen. Es sind dies Grenzfälle zwischen Erzählungen, die in Einzelteile zerstückelt sind, und Serienwerken.

63. Als Beispiele seien Fernsehserien wie "Der Alte", "Derrick" etc. oder Comic-Serien wie "Asterix" oder "Mickey Mouse" angeführt. (Siehe dazu den BGH-Entscheid "Disney-Parodie" in UFITA Bd. 62 [1971], S. 265ff.)

Zweck aber keinen Umformungen unterworfen. Benutzung im Zusammenhang mit der Serie ist gegeben, wenn entweder ein Einzelwerk oder das Serienwerk selbst umgestaltet wiedergegeben werden. Wird ein Einzelwerk verwendet, so ist dieses mit der entstandenen Benutzung zu vergleichen. Nach den allgemeinen Regeln ist hier zu fragen, ob die individuellen Züge in der Benutzung verblassen. Mehr Probleme dürften sich bei Benutzungen des Serienwerkes ergeben. Ist beim Einzelwerk die Vorfrage nach seinem individuellen Charakter relativ leicht zu beantworten, so bereitet dies beim Serienwerk wesentlich mehr Mühe. Hat dieses individuelle Züge, so dürften sie in aller Regel nicht besonders ausgeprägt sein. Deshalb erscheint denn auch die Benutzung schon bei relativ geringer Umformung als selbständiges Werk⁶⁴.

3.3.3. Werkzyklen

Nicht mehr so nah wie die Serien sind die Werkzyklen mit der Fortsetzung verwandt: Es geht hier in tatsächlicher Hinsicht darum, dass Werke in einem immer gleichbleibenden Muster eingebettet und vorgestellt werden. Urheberrechtliche Fragen werden sich natürlich auftun, sobald das Muster solcher Zyklen von anderen Künstlern verwendet werden.

In bezug auf die Zulässigkeit ist zuerst der Frage nachzugehen, ob dem Schema dieses Zyklus an sich überhaupt Werkcharakter zukommt, was schwierige Abgrenzungsfragen zur blossen Ausstattung, zum Stil und zur Manier aufwirft⁶⁵. Stellt man Werkcharakter fest, so hat man zu prüfen, ob dieser Zyklus zum selbständigen Werk umgestaltet worden

64. Siehe dazu die Ausführungen in BGE 85 II 123ff. zu Sherlock Holmes und Dr. Watson.

65. Vgl. dazu Schmieder (Wettbewerb), S. 132ff.

ist, ob also trotz der Anlehnung eine eigene gedankliche Vorstellung verwirklicht wurde.

Das Schema eines solchen Werkzyklus kann auch in der "Maske" eines Kabarettisten bestehen, unter welcher er ganz verschiedenartige Einzelwerke vorträgt. Als Beispiel sei hier auf den "Cekadete"-Fall verwiesen, in dem ein Kabarettist seine Maske eines stotternden Basler Professors plötzlich durch einen anderen Kabarettisten nachgemacht sah und deswegen auf Urheberrechtsverletzung klagte. Darin hat ihm das Zürcher Obergericht denn auch Recht gegeben⁶⁶.

3.4. Die Benutzung von Titeln

Auch die Titel, mit denen Werke der Literatur und Kunst bezeichnet werden, können selbst Werke der Literatur (im Sinne von Art. 1 Abs. 2 URG)⁶⁷ sein⁶⁸. Allerdings ist dies eher selten der Fall. Die Kürze der Titel lässt wenig Möglichkeiten offen, eine gedankliche Vorstellung so auszuformen, dass sie nicht Gemeingut bleibt, sondern urheberrechtlich relevante Individualität erhält⁶⁹. Wegen der Kürze des Titels entsteht ein extrem dichtes Konzentrat von Form und Inhalt.

Diese Besonderheit wirkt sich auch auf die Qualifikation allfälliger Titel-Benutzungen aus. Wegen der sehr verdichteten Aussage bleibt nur ein ganz kleiner Raum, in dem ein Titelwerk überhaupt noch umgestaltbar ist. Entweder zeich-

66. SJZ 45. Jg. (1949), S. 204f. (Nr. 84).

67. Siehe auch Art. 1 Abs. 3 VEURG, wo der Titel expressis verbis als Werkbeispiel angeführt wird.

68. Es besteht kein Grund, den Schutz auf die Titel literarischer Werke zu beschränken; Gsell, S. 51ff., und BGE 77 II 382 (Mickey Mouse).

69. BGE 64 II 112f. (Zeitschriftentitel); Lutz (Schrannen), S. 16; Larese, S. 110f.; Hubmann, S. 265; Weber, S. 35f.

net ein Originaltitel eine Benutzungsart derart vor, dass sie nur noch als Aenderung zu qualifizieren ist (wie die Uebersetzung von Titeln)⁷⁰; oder dann erreicht die Benutzung durch geringe Umformung eine so neue Form, dass dies freie Benutzung darstellt.

3.5. Die Benutzung einer Benutzung

Es wird hier ein Phänomen angesprochen, das im praktischen Leben häufig anzutreffen ist. So gibt es in allen Bereichen des künstlerischen und wissenschaftlichen Schaffens immer wieder Fälle, wo Benutzungen Ausgangspunkt für weiteres Schaffen sind. Dies trifft beispielsweise zu, wenn ein Forscher eine aus dem Japanischen übersetzte Abhandlung in einer eigenen Studie verwendet oder wenn ein Filmrezensent eine Zusammenfassung eines Filmes schreibt, in dem ein Roman verfilmt wurde. Im Falle der Benutzung einer Benutzung ist primär zu klären, ob es sich bei der Erstbenutzung um eine Aenderung, eine Bearbeitung oder eine freie Benutzung handelt. Keine Probleme wirft die Qualifikation einer Zweitbenutzung dann auf, wenn die Erstbenutzung eine Aenderung im technischen Sinn ist. Die Aenderung als solche ist ja nicht geschützt; damit steht sie jedermann nicht nur für die Nutzung, sondern auch für die Benutzung offen. Es braucht keine Einwilligung des Erstbenutzers; hingegen ist aufgrund von Art. 13 Abs. 1 URG natürlich diejenige des am Original Berechtigten einzuholen, wenn sein Werk noch geschützt ist. Ohne Probleme sind auch die Fälle, in denen der Erstbenutzer das Original frei benutzt hat. Hier ist jede Beziehung zum Original abgebrochen, so dass die Zweit-

70. Wegen der regelmässigen Kürze der Titel ist die Uebersetzung eine rein technische Aenderung und damit keine Bearbeitung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 URG; siehe § 5 Kap. 4.2.2.

benutzung (nach allgemeinen Regeln) nur im Verhältnis zur Erstbenutzung zu qualifizieren ist.

Wenn die Erstbenutzung eine Bearbeitung im Sinne von Art. 4 URG ist, so bestehen für weitere Benutzungen die Vorbehalte sowohl des am Original wie des an der Erstbenutzung Berechtigten. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist nicht auf die Qualifikation der Zweitbenutzung als Aenderung oder Bearbeitung einzugehen. Gestaltet der Zweitbenutzer die Erstbenutzung aber in schöpferischer Art um, so ergeben sich sehr schwierige Qualifikationsprobleme. Bei der Frage, ob die Zweitbenutzung im Verhältnis zur Erstbenutzung eine freie oder eine unfreie Benutzung ist, erweist es sich als unumgänglich, einmal die Eigenart der Erstbenutzung (im Vergleich zum Original) exakt zu ermitteln. In einem zweiten Schritt müssen die individuellen Züge der Erstbenutzung mit jenen der Zweitbenutzung verglichen werden⁷¹. Wird die Zweitbenutzung als Bearbeitung der Erstbenutzung qualifiziert, so ist noch zu prüfen, ob sie im Vergleich zum Original (infolge der erneuten Umformung) als "neues selbständiges Werk" (also als freie Benutzung) erscheint. In diesem Fall steht die Zweitbenutzung trotz zweifach erfolgter Bearbeitung nur unter der Werkherrschaft des Erstbenutzers, andernfalls ist die doppelte Abhängigkeit von der Herrschaft sowohl des am Original wie des an der Benutzung Berechtigten gegeben⁷². -- Wird die Zweitbenutzung gegenüber der Erstbenutzung zum selbständigen Werk (Inspiration an einer Romanübersetzung für die Gestaltung eines Tafelgemäl-

71. Siehe den BGH-Entscheid "Gasparone" (GRUR 61. Jg. [1959], S. 379ff.).

72. Siehe dazu § 12 Abs. 2 Ziffer 2 LUG (im Wortlaut in § 2 Kap. 3.1.1. wiedergegeben), wo ausdrücklich festgehalten ist, dass sich die Befugnisse des Urhebers auch auf die Rückübersetzung erstrecken.

Beachte auch Art. 14 Abs. 3 RBUE im Fall der Weiterbenutzung eines auf vorbestehenden Werken beruhenden Films.

des), so lösen sich mit der dadurch geschaffenen freien Benutzung die Bande zum Original und zur Erstbenutzung.

4. Die Grenzbestimmung im literarischen Schaffen

4.1. Vorbemerkung

Die Zusammenstellung von Beispielen literarischer Werke in Art. 1 Abs. 2 URG sprengt den Rahmen dessen, was im allgemeinen Sprachgebrauch mit dem Begriff "Literatur" in Verbindung gebracht wird⁷³. So reicht diese Aufstellung von Werken der schönen Literatur über wissenschaftliche Werke, Filme, Choreographien bis hin zu geographischen Darstellungen. Da im Gesetz ein allgemeines Kriterium fehlt, ist das literarische Werk aufgrund dieser Zusammenstellung nicht klar definiert.

Bezogen auf das gesamte künstlerische Schaffen entstehen die meisten Werke im Gebiet der Literatur. Anscheinend bringt die Vielfalt literarischer Werke und darauf basierender Benutzungen im Alltagsleben auch grosse Unsicherheiten für die Abgrenzung der Benutzungsarten mit sich. Dies jedenfalls muss der Schluss aus den Entscheiden sein, die aus diesem Gebiet publik geworden sind⁷⁴. Offenbar werden im literarischen Schaffen immer wieder ganz neuartige Benutzungsformen kreiert, für die ohne genaue Abklärung ungewiss ist, ob sie frei oder unfrei sind. Die meisten literarischen Benutzungen sind so spezifisch, dass sich kaum eigentliche Präzedenzfälle finden lassen. Daher verwundert

73. P. Troller, S. 240.

74. Dies gilt für die schweizerische Rechtsprechung genau so wie für die deutsche.

es nicht, dass in der herrschenden Rechtsunsicherheit die Hilfe des Richters relativ oft gesucht wird. -- Immerhin haben sich einige Benutzungstypen (wie Uebersetzung, Dramatisierung und Verfilmung) herausgebildet, die mit einigermaßen grosser Regelmässigkeit als freie oder unfreie Benutzungen qualifiziert werden können. Diese Typen werden in der Folge auf ihre Besonderheiten untersucht.

4.2. Benutzungen von Sprachwerken

(ohne Benutzung wissenschaftlicher Werke und Verfilmung)

4.2.1. Allgemeines

Unter den Werkarten im Bereich des literarischen Schaffens kommt den eigentlichen Sprachwerken⁷⁵ die grösste praktische Bedeutung zu. Es existieren viele Spielformen; für den Schutz ist unwesentlich, welchen Zweck ein Autor verfolgt und was für einen Inhalt sein Werk hat. Dieser kann wissenschaftlicher, technischer, schöngeistiger, religiöser oder philosophischer Natur sein⁷⁶. Zur Vielgestaltigkeit trägt auch bei, dass es keine Rolle spielt, in welcher Sprache

75. "Sprachwerk" ist (im deutschen Recht) der Oberbegriff, der die "Schriftwerke" und "Reden" umfasst; siehe § 2 Abs. 1 Ziffer 1 URG/BRD und Ulmer, S. 134. VEURG erwähnt in Art. 1 "Schriftwerke" und "Reden".

76. Hubmann, S. 98; Ulmer, S. 134.

das Werk mitgeteilt wird⁷⁷ und ob es in schriftlicher Form festgehalten ist oder nicht⁷⁸. Unter der allgemeinen Schutzvoraussetzung genügend ausgeprägter Individualität werden Sprachwerke jeder denkbaren Länge⁷⁹ geschützt, in der Form von Briefen⁸⁰, Dramen, Zeitungsartikeln⁸¹, Werktiteln⁸², Gedichten, Epen, Kurzgeschichten, Zusammenfassungen, Romanen. Auch kleine Münzen⁸³ finden sich häufig, etwa als Inseratentexte⁸⁴, Formulare, Bilderläuterungen, Broschüren⁸⁵ und ähnliches mehr⁸⁶.

Gerade beim Sprachwerk ist die geschützte Eigenart sehr oft nicht auf die eigentliche Ausdrucksform beschränkt, sondern

77. Dafür kommen lebende, tote und künstliche Sprachen in Frage; Hubmann, S. 98. Zur Sprache in Zahlen siehe BGE 64 II 162ff. (Maag-Tabellen).

Offen ist aufgrund der verschiedenen Lehrmeinungen und der bislang fehlenden (schweizerischen) Gerichtspraxis in diesem Gebiet, ob die Computer-Software in den Kreis urheberrechtlich schützbarer Werke Aufnahme finden wird. Zudem ist unklar, ob in tatsächlicher Hinsicht überhaupt Benutzungen hergestellt werden und welche das sind. Somit bleibt auch ungewiss, welche besonderen rechtlichen Qualifikationsprobleme sich ergeben werden. — Anstelle spekulativer Ausführungen sei hier bezüglich der Grundproblematik der Schutzfähigkeit der Computer-Software auf die Literatur verwiesen: siehe etwa P. Troller (S. 243ff.), Wittmer, Sidler, Kummer (Werk, S. 198ff.), Heim (S. 77ff.), Ulmer/Kolle oder Girth (S. 99ff.).

78. Gemäss Art. 1 Abs. 3 URG

79. Ulmer, S. 137; Weber, S. 38f.

80. Hubmann, S. 99; Ulmer, S. 137; BGE 88 IV 128f. (Schreibmaschinen-Kurs), zusammengefasst in FN 40 zu § 3.

81. Beachte die Schranke gemäss Art. 25 URG; hiezu Rehbindler, S. 366ff.

82. Siehe dazu § 5 Kap. 3.4.

83. Ulmer, S. 136.

84. Das "gewöhnliche" Inserat dürfte allerdings selten urheberrechtlichen Schutz verdienen; vgl. Rutgers, S. 27.

85. Art. 2 Abs. 1 RBÜe. — Für Reklamebroschüren siehe auch Rutgers, S. 27.

86. Troller (Immaterialgüterrecht I), S. 374; Hubmann, S. 99; Ulmer, S. 134.

umfasst auch inhaltliche Elemente. Dies kann die Fabel einer Erzählung sein, wie auch das Zusammenstellen und Anordnen eines Stoffes. Bei der Qualifikation einer bestimmten Benutzung hat sich die Prüfung also sowohl auf die individuellen Züge der wahrnehmbaren Form wie auch auf jene des Inhalts zu erstrecken. Sobald einer dieser geschützten Werkteile benutzt, durch die Umformung aber nicht zum Verblassen gebracht wird, liegt unfreie Benutzung vor⁸⁷.

4.2.2. Die Uebersetzung

Der wohl wichtigste Benutzungstyp im Bereich des literarischen, wenn nicht des gesamten künstlerischen Schaffens ist die Uebersetzung, mit ihrer Sonderform im Film, der Synchronisation. Sie findet im Gesetz direkt Erwähnung und wird als unfreie Benutzung qualifiziert. Im schweizerischen Recht⁸⁸ geschieht dies durch Art. 13 Abs. 1 Ziffer 1 URG⁸⁹, wo dem Originalurheber das ausschliessliche Recht eingeräumt wird, das Werk zu übersetzen. Gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziffer 1 URG⁹⁰ ist die Uebersetzung eine Bearbeitung.

Es stellt sich die Frage, ob diese Qualifikation für alle Uebersetzungen ausnahmslos zu gelten hat. Die Uebersetzungen sind so verschiedenartig, dass sie sich -- trotz dem

87. Zur Problematik der Unterscheidung von Form und Inhalt siehe § 3 Kap. 2.3. und 2.4.

Gerade die Bestimmung des Inhaltes literarischer Werke hat die Gerichte des öftern vor Qualifikationsprobleme bei der Beurteilung von Benutzungen gestellt; siehe dazu insbesondere den BGH-Entscheid "Lili Marleen" (zusammengefasst in § 2 Kap. 3.2.), wo die Benutzung trotz ziemlich enger Anlehnung vor allem der Unterschiede in der Gedankenführung und im Stimmungsgehalt wegen als frei qualifiziert wurde.

88. Im URG/BRD ist die Uebersetzung in § 23 nicht ausdrücklich erwähnt, hingegen in § 3. (Siehe § 2 Kap. 3.1.2.)

89. Siehe auch Art. 8 RBUE und Art. V WUA.

90. Siehe auch Art. 2 Abs. 2 RBUE.

klaren Gesetzeswortlaut⁹¹ -- nicht alle einheitlich den obigen Bestimmungen subsumieren lassen. Daher werden sie in solche im engeren und im weiteren Sinn aufgeteilt⁹². Es ist hier zu fragen, ob die entsprechend eingeteilten Uebersetzungen freie oder unfreie Benutzungen darstellen.

Den Uebersetzungen im engeren Sinne hat man all jene Erscheinungen zuzuordnen, welche auch die Alltagssprache mit "Uebersetzungen" bezeichnet. Es handelt sich also um Benutzungen, in denen ein Originalwerk in seinem inneren Gehalt⁹³, in seiner Struktur unverändert⁹⁴, in treuer Uebersetzung⁹⁵ in einer anderen Sprache wiedergegeben wird⁹⁶. In aller Regel ist diese Uebersetzungstätigkeit keine rein grammatikalisch-syntaktische Arbeit⁹⁷; sie verlangt vom Uebersetzer eine intensive Auseinandersetzung mit dem Original, in welcher neben der äusseren Form auch inhaltliche Elemente⁹⁸ umgearbeitet werden. Dies gilt insbesondere für schöngeistige Werke, die den Uebersetzer zwingen, das Werk im sprachlichen Ausdruck einem anderen Kulturempfinden anzupassen⁹⁹. Damit gibt der Uebersetzer das Original in sei-

91. Bei streng grammatikalischer Auslegung von Art. 4 Abs. 1 URG bezieht sich das Kriterium des "eigenartigen Werkes" von Ziffer 2 nicht auf die Uebersetzung in Ziffer 1. Vgl. dazu Brem, S. 219f.

92. Maus, S. 33;
Keckeis (S. 78) unterscheidet zwischen "einfachen" und "freien" Uebersetzungen.

93. Armin Meyer, S. 19.

94. Bommeli, S. 31.

95. Bommeli, S. 33.

96. Bommeli, S. 31, Keckeis, S. 78, und Armin Meyer, S. 20.

Dabei kann es nicht auf die Art der Sprache ankommen, in die ein Werk übersetzt wird, kommen doch dafür Dialekte derselben Sprache ebenso in Frage wie andere Kultursprachen, tote Sprachen usw. Im LUG fand die Rückübersetzung und die Uebersetzung in eine andere Mundart in § 12 Abs. 2 Ziffer 1 und 2 LUG besondere Erwähnung. (siehe den Wortlaut dieser Norm in § 2 Kap. 3.1.1.).

97. Keckeis, S. 78.

98. Keckeis, S. 79.

99. Bommeli, S. 32, Armin Meyer, S. 21f., und Keckeis, S. 78f.

nen charakteristischen Zügen klar erkennbar wieder; mit der weitgehenden Umformung macht er aber die "gewöhnliche" Uebersetzung zum eigenartigen Werk im Sinne von Art. 4 Abs. 1 URG, also zur Bearbeitung.

Es gibt nun literarische (Original-)Werke, welche für ihre Uebersetzung keine schöpferische Entfaltung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 URG zulassen. Obwohl diese Werke gemäss Art. 1 URG geschützt sein können, ist die Uebersetzung praktisch nur in einer einzigen Form möglich und daher nicht schöpferisch. Zu denken ist hier etwa an einen geschützten Werktitel, der so kurz ist, dass sich nur gerade eine Uebersetzungslösung aufdrängt. Ähnliches gilt für Werke im Bereich der sogenannten kleinen Münze. Wird beispielsweise ein Adressbuch urheberrechtlich geschützt, so ist die Uebersetzung derart vorbestimmt, dass kein Raum mehr für eine Schöpfung bleibt. Ein solcherart in eine andere Sprache übertragenes Werk unterliegt dann der Werkherrschaft des am Original Berechtigten (gemäss Art. 13 Abs. 1 URG); der Uebersetzer wird aber nicht gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziffer 1 URG geschützt¹⁰⁰. Diese Uebersetzungen stellen eigentliche "Aenderungen" dar. Noch haben sie eher eine untergeordnete Bedeutung. Wird aber in Zukunft die technische Entwicklung die Uebersetzung ganzer Werke mittels Computer (ohne weiteres menschliches Zutun) ermöglichen, so muss dieser Anteil zunehmen. (Dies natürlich unter der Annahme, dass auch in Zukunft das Produkt eines Apparates nicht schützbar ist.)

Die Uebersetzungen im engeren Sinne sind immer unfreie Benutzungen. Demgegenüber gibt es bei den Uebersetzungen im weiteren Sinne sowohl freie als auch unfreie Benutzungsfor-

100. Vgl. Brem, S. 220f.

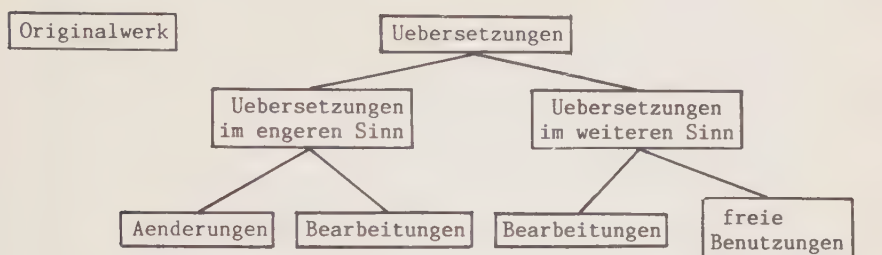
men. Diese "Uebersetzungen" zeichnen sich dadurch aus, dass sich der Benutzer nicht mehr getreu an die Vorlage hält. Er gestaltet das Werk nicht nur sprachlich um, sondern verändert es darüber hinaus auch im inneren Gehalt, in der Fabel. Solche Schöpfungen werden zur freien Benutzung, wenn er sich vom Original nur inspirieren lässt oder das Uebernommene sehr weitgehend umgestaltet. Ohne sich von der oft gelesenen Formel "Frei aus dem ..." beirren zu lassen¹⁰¹, ist hier nach dem allgemeinen Kriterium zu prüfen, ob der Benutzer jenseits der sprachlichen Umformung ein selbständiges Werk (im Sinne von Art. 15 URG) geschaffen hat, in dem die Züge des Originalwerkes in den Hintergrund treten und verblassen¹⁰².

Erfüllt die Uebersetzung im weiteren Sinne das Kriterium für freie Benutzung nicht, liegt aber auch keine Uebersetzung im engeren Sinne vor, so ist die Benutzung eine Bearbeitung, die gemäss Art. 13 Abs. 1 URG der Werkherrschaft des am Original Berechtigten unterworfen bleibt; die Bearbeitung selbst wird durch Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 (und nicht Ziffer 1) URG geschützt. Hier sind jene Phänomene zu subsumieren, in denen ein fremdsprachiges Original in der Benutzung einerseits noch deutlich erkennbar ist, die Umformung aber andererseits über die reine Sprachübertragung hinausgegangen ist.

101. Vgl. Maus, S. 33.

102. Vgl. Armin Meyer, S. 20f., und Maus, S. 33.

Zusammenfassend lassen sich also die verschiedenen Arten von Uebersetzungen wie folgt darstellen:



— "Wiedergaben" im Sinne von Art. 13 URG —	selbständige Werke
--	--------------------

Benutzer

nicht geschützt	geschützt gemäss Art. 4 Abs.1 Ziffer 1 URG	geschützt gemäss Art. 4 Abs.1 Ziffer 2 URG	frei
-----------------	---	---	------

Zunahme des schöpferischen Spielraumes des
Benutzers

4.2.3. Die Dramatisierung und ihr verwandte Phänomene

Mehrere Werktypen im Bereich des literarischen Schaffens zeichnen sich dadurch aus, dass die sie repräsentierenden Werke eine gedankliche Vorstellung mittels eines Handlungsablaufs zur Darstellung bringen. Dies ist der Fall bei Dramen, Hörspielen, Epen, Romanen, Novellen, Kurzgeschichten

und Erzählungen¹⁰³. Mit der ziemlich engen Verwandtschaft dieser Werktypen untereinander besteht die Möglichkeit, ein Werk durch relativ bescheidene Umarbeitung in eine andere dieser Werkarten umzuformen. Damit kann es leicht via ein anderes Verbreitungsmedium einem weiteren Konsumentenkreis zugeführt werden. So wird beispielsweise ein Roman als Hörspiel am Rundfunk gesendet, oder eine Erzählung wird in dramatischer Form auf einer Bühne aufgeführt. Diese Benutzungsarten werden nach dem neuen Verbreitungsmedium als Dramatisierung, Episierung oder Hörspiel-Bearbeitung bezeichnet¹⁰⁴.

Für die Qualifikation solcher Benutzungen als Wiedergaben (Art. 13 URG) oder als selbständige Werke (Art. 15 URG) ist zu beachten, dass trotz Verwandtschaft auch wesentliche Unterschiede zwischen den Werkarten bestehen. Prägt die breit ausgefächerte Darstellung des Geschehens Roman und Epos, so zeichnen sich Novelle und Kurzgeschichte durch konzentrierte Form aus. Drama und Hörspiel schliesslich heben sich durch die in Dialoge gebrachte Form der Aussage von den anderen Kunstkategorien ab. -- Es zeigt sich, dass diese Unterschiede nicht oberflächlicher Natur sind, sondern sich bis in den Aufbau und den Kern des Werks hineinziehen können. Dies wird besonders deutlich, wenn ein Original in eine andere dieser Werkarten umgestaltet werden soll. So verlangt etwa die Dramatisierung eines Romans die Umsetzung der Umgebungsbeschreibung in wenige Szenen, die ganze Hand-

103. Sehr nah mit dieser Gruppe verwandt ist der Film. Auf die Benutzungsformen im Zusammenhang mit dieser Werkart wird an anderer Stelle eingegangen: § 5 Kap. 4.5.

104. Im Gegensatz zu den Uebersetzungen sind diese Benutzungsformen nicht expressis verbis im Gesetz aufgeführt. Siehe Art. 4 und 13 URG. Die Dramatisierung und die Wiedergabe eines Bühnenwerkes in Form einer Erzählung fanden in § 12 Abs. 2 Ziffer 3 LUG eine besondere Erwähnung; siehe § 2 Kap. 3.1.1.

lung muss darauf abgestellt und in einem Dialog ausgedrückt werden. Die Umarbeitung der Erzählform in den dramatischen Ausdruck bedingt eine intensive Auseinandersetzung mit dem Originalwerk und den Besonderheiten des anvisierten Verbreitungsmediums¹⁰⁵. Diese Umformungen sind also einerseits schöpferisch; andererseits bleibt der Benutzer dem Original (in dessen Eigenheiten) verpflichtet: Er gibt die charakterisierenden Grundzüge deutlich erkennbar wieder. Er schafft also mit der Dramatisierung (oder einer ihr ähnlichen Benutzung) eine typische Bearbeitung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG¹⁰⁶.

Ist die Qualifikation als Bearbeitung die Regel, so fehlen auch die Ausnahmen nicht; es gibt Dramatisierungen und diesen verwandte Phänomene, die freie Benutzungen sind¹⁰⁷. Die entsprechende Zuordnung ist aber nur da möglich, wo die Benutzung vom Original als weitgehend losgelöst erscheint. Der Benutzer muss das Original in einer Art umgestalten, die über das für die Anpassung an das neue Verbreitungsmedium Notwendige hinausführt. Eine freie Benutzung kann nur gegeben sein, wenn sich der Benutzer vom Original lediglich anregen lässt oder das Uebernommene derart umformt, dass ein selbständiges Werk entsteht. Abzustellen ist darauf, ob der Kern der Fabel des Originals mit der Personencharakteristik und den besonderen Handlungsweisen auch in der Benutzung wiederkehrt¹⁰⁸, respektive ob mit der Umformung die individuellen Züge des Originals in den Hintergrund ge-

105. Vgl. Weber, S. 50ff.

106. Weber, insbesondere S. 53ff., Hubmann, S. 156, und Ulmer, S. 268.

107. Weber, S. 54ff., und Kuner, S. 156.

108. Siehe dazu die Ausführungen im "Trotzkopf"-Entscheid des OLG Karlsruhe (GRUR 59. Jg. [1957], S. 395ff., zusammengefasst in § 2 Kap. 3.2.).

drängt werden. Dies ist etwa der Fall, wenn mit der Benutzung ein ganz neues Thema oder ein anderer Stimmungsgehalt als im Original ausgedrückt wird.

4.2.4. Die Bühnenbearbeitung¹⁰⁹

Von den eben besprochenen Benutzungen zu unterscheiden sind die Umsetzungen eines Dramas, einer Oper oder eines Hörspiels in die eigentliche Bühnen- respektive Hörspielfassung¹¹⁰. Es geht hier nicht um die Umformung eines literarischen Stoffes für das Verbreitungsmedium der Bühne, sondern vielmehr um das Umsetzen eines dafür gestalteten Textes in die Bühnen- oder Rundfunkvorführung. Dem Bühnenregisseur¹¹¹ liegt das Werk also bereits in einer Form vor, die in ihrem ganzen Aufbau und in den Dialogen bühnen- respektive hörspielbereit ist. Nach den Anweisungen des Regisseurs wird das Werk aus dieser Form heraus zur Mitteilung gebracht. Solche Regie ist weitgehend eine interpretatorische Tätigkeit, die darauf ausgerichtet ist, das Werk als solches wiederzugeben¹¹².

Umstritten ist dabei die Frage, ob der Bühnenregisseur überhaupt schöpferisch tätig und damit urheberrechtlich zu

109. Der Terminus "Bühnenbearbeitung" hat sich in der Theaterkritik für die Bezeichnung jeder Bühnenaufführung eingelebt, auch wenn dies keine "Bearbeitung" im urheberrechtlichen Sinn sein muss. Weber bezeichnet die Dramatisierung als Bühnenbearbeitung.

110. Zum Begriff des "Bühnenwerkes" siehe Steiger-Herms (Bühnenwerk), S. 289ff.

111. Diese Aussagen gelten nicht für den Filmregisseur; siehe dazu die Ausführungen in § 5 Kap. 4.5.2.1.

112. Beachte das Aenderungsrecht des Regisseurs' gemäss Art. 28 URG.

zu schützen ist¹¹³. Auf diese Kontroverse ist hier nicht einzugehen, weil für die Leistung des Bühnenregisseurs nur ein Bearbeitungsschutz gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG in Frage kommen kann¹¹⁴. Die Abgrenzungproblematik zur freien Benutzung wird praktisch per definitionem nicht berührt. Selbst wenn die Vorlage dem Regisseur eine weite Gestaltungsfreiheit lässt oder wenn er sich diese in freier Interpretation der Vorlage nimmt, so ist doch das Wirken von der Wiedergabe des Handlungsablaufes dominiert, so dass die Interpretation nie zum selbständigen Werk im Sinne des Art. 15 URG werden kann¹¹⁵.

4.2.5. Zusammenfassungen und Werkbeschreibungen

Zusammenfassungen literarischer Werke haben eine recht grosse praktische Bedeutung, und zwar vor allem in der Literaturkritik, in der Wissenschaft (insbesondere in Form von Abstracts) sowie in Opern-, Film- und Schauspielführern¹¹⁶. Sie stellen eine Nachzeichnung des Originals in einer stark verdichteten Form dar. Der Inhalt des zusammengefassten Werkes wird (verändert) wiedergegeben; es findet also eine Benutzung statt. Der Benutzer muss sich intensiv mit dem Original auseinandersetzen und dieses in anderer Form nachzeichnen. Dabei hat er einen Spielraum, in dem er schöpferisch tätig werden kann. Naturgemäss bleibt der In-

113. Dazu Ulmer, S. 160ff., Corrodi, S. 88ff., Steiger-Herms (Bühnenwerk), S. 303, die Arbeit von Foerstes, der "Götterdämmerung"-Entscheid des OLG Frankfurt a/M in UFITA Bd. 77 (1976), S. 267ff. und 278ff., sowie "Biographie: Ein Spiel" (des BGH) in UFITA Bd. 64 (1972), S. 288ff.

Nach herrschender Lehre ist die Leistung des Schauspielers interpretatorischer Art und als solche urheberrechtlich nicht schützensbar.

114. Weber, S. 57ff.

115. Vgl. auch Dünnwald, S. 815.

116. Rehbinden, S. 371.

halt in seinen individuellen Zügen aber auch in der benutzten Form noch deutlich erkennbar, denn der Benutzer will ja gerade das Individuelle des Originals mitteilen. Eine Zusammenfassung stellt demnach eine veränderte Wiedergabe (Art. 13 Abs. 1 URG) in Form eines eigenartigen Werkes (Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG) -- also eine Bearbeitung -- dar.

Es gibt aber auch Zusammenfassungen, die der Werkherrschaft des am Original Berechtigten nicht mehr unterliegen. Solche sind zum einen gegeben, wenn der Inhalt dem Gemeingut angehört¹¹⁷ und in der Benutzung keine Uebernahme geschützter Formelemente festzustellen ist. Zum andern liegen sie vor, wenn der Inhalt wohl individuell und damit geschützt ist, der Benutzer diesen aber so stark verdichtet, dass er nur noch die Idee nachzeichnet. Wie bereits gezeigt wurde¹¹⁸, gehören auch die reinen Ideen dem Gemeingut an, sie dürfen also von jedermann benutzt werden. Mit anderen Worten betrifft die allfällige Loslösung der Zusammenfassung von der Werkherrschaft nicht die Qualifikation als freie oder unfreie Benutzung, sondern jene von individuellem Material und Gemeingut¹¹⁹.

Die Werke aus allen Schaffensbereichen können in sprachlicher Form beschrieben werden. Was die Beschreibungen literarischer Werke betrifft, so sind diese analog den Zusam-

117. Dies trifft beispielsweise auf historische Gegebenheiten und die wissenschaftliche Erkenntnis zu. Siehe dazu die Zusammenstellung in § 3 Kap. 2.4.

118. Siehe § 3 Kap. 2.3.

119. Wenn Rehbinder die "Freiheit der Inhaltsmitteilung" (S. 371) damit begründet, dass urheberrechtlich nur die Form schützbar sei, der Inhalt dagegen nicht, so kann dies in dieser Formulierung nicht zutreffend sein, da grundsätzlich auch der "Inhalt" schutzfähig ist (siehe § 3 Kap. 2.3.). Abzustellen ist vielmehr auf den Gegensatz von Form und Idee, insbesondere auf den Gemeingutcharakter der letzteren.

menfassungen zu behandeln¹²⁰. Die Beschreibungen von Werken der Musik und der bildenden Kunst stellen Transformationen von einer dieser Schaffensarten in die literarische dar. Es ist bereits gezeigt worden¹²¹, dass diese Umsetzungen zwischen den Schaffenskategorien in aller Regel freie Benutzungen darstellen.

4.3. Benutzungen wissenschaftlicher Werke

4.3.1. Zum Begriff des wissenschaftlichen Werkes

Das wissenschaftliche Werk wird im Gesetz¹²² mit einer exemplifizierenden Aufzählung¹²³ umschrieben, womit nach Meinung von Lehre¹²⁴ und Rechtsprechung¹²⁵ alle schöpferischen Formen wissenschaftlichen und technischen Schaffens¹²⁶ geschützt sind¹²⁷. Ob sich die gewonnenen Erkenntnisse später als falsch erweisen, tut dem wissenschaftlichen Charakter des Werkes keinen Abbruch¹²⁸; ausschlaggebend für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit ist, dass eine begrifflich fassbare wissenschaftliche oder technische Idee in individueller Form zum Ausdruck gebracht wird. Für die Qualifikation von Benutzungen wissenschaftlicher Werke ist von Bedeutung, dass nur die konkrete (individuelle) Form schutzbar ist. Die wissenschaftliche oder technische Erkenntnis

120. In die Beschreibung literarischer Werke werden auch viele Zitate einfließen. Siehe dazu § 5 Kap. 2.2.

121. Siehe § 5 Kap.3.2.

122. Art. 1 Abs. 2 URG; siehe auch Art. 2 Abs. 1 RBUE und Art. I WUA.

123. Siegwart, S. 37.

124. Siegwart, S. 47f.

125. BGE 64 II 164 (Maag-Tabellen).

126. Unter diesem Gesichtspunkt bleibt auch die systematisch etwas unsaubere Einordnung der "bildlichen Darstellung" beim literarischen Werk ohne Belang; vgl. Siegwart, S. 18f.

127. So wie im künstlerischen Schaffen der Stil ist im wissenschaftlichen Schaffen die Methode nicht schutzbar; vgl. Siegwart, S. 27f.

128. BGE 101 II 105 Erw. 2b (Lüscher-Farbtest).

an sich gehört dem Gemeingut an¹²⁹. Sie kann nicht durch eine urheberrechtlich schützbares Form monopolisiert werden, sondern ist immer frei nutzbar.

Die schützbares Formen sind vielgestaltig¹³⁰. Individuell kann nicht nur die äussere Form, sondern auch der Aufbau eines Werkes (d.h. die charakteristische Auswahl, Anordnung oder Sichtung eines wissenschaftlichen Materials¹³¹) sein. Zum Ausdruck wissenschaftlicher Erkenntnisse kann die Sprache genau so verwendet werden wie die bildliche Darstellung¹³² oder die Mitteilung in Form von Zahlen und Tabellen¹³³. In diesem Rahmen gibt es viele Stufen und Formen, die zu urheberrechtlichem Schutz führen. Dies reicht vom einfachen Lehrkurs¹³⁴ über kurze Abhandlungen bis zur Darlegung komplexer Themen oder von Entwürfen und (detaillierten) Dispositionen¹³⁵ über die Darstellung von Teilaspekten bis hin zum vollendeten Werk.

Eine wissenschaftliche Arbeit wird nur dann geschützt, wenn ein Autor im Sinne der allgemeinen Grundsätze des Urheber-

129. BGE 88 IV 127 (Schreibmaschinen-Kurs), zusammengefasst in FN 40 zu § 3.

130. Für einzelne Beispiele siehe Ulmer, S. 134 und 138.

131. Vgl. Wittmer, S. 87ff., und die Erläuterung zum "Stadtplan"-Entscheid des BGH in GRUR 67. Jg. (1965), S. 45ff.

132. Darunter fallen insbesondere die kartographischen Werke, siehe dazu BGE 103 Ib 327f. (Wanderkarte Grindelwald), BGE 59 II 401ff. (Zürcher Stadtplan) oder den Entscheid "Berner Stadtplan" des HG Kt. Bern (in ZBJV 114. Jg. [1978], S. 282ff.).

133. BGE 64 II 162ff. (Maag-Tabellen).

134. BGE 88 II 123ff. (Schreibmaschinen-Kurs), zusammengefasst in FN 40 zu § 3.

135. A.M. Siegwart, S. 25.

rechts kreativ tätig wird¹³⁶. Das setzt primär voraus, dass überhaupt verschiedene Wege offenstehen, um die gewonnene Erkenntnis in einer schöpferischen Art mitteilen zu können. Braucht diese Voraussetzung im künstlerischen Schaffen sonst nicht erwähnt zu werden, weil sie fast selbstverständlich ist, so zeigt sich im wissenschaftlichen Schaffen, dass es viele Erkenntnisse gibt, die praktisch nur in einer Ausdrucksform mitteilbar sind¹³⁷. So ist beispielsweise ein chemischer Stoff auf eine ganz bestimmte Formel festgelegt; ein Wissenschaftler hat keine Möglichkeit, auf schöpferische Art mitzuteilen, welchen Stoff er entdeckt hat. Mit anderen Worten setzt der Schutz des wissenschaftlichen Werkes überhaupt erst einmal verschiedene Gestaltungsvarianten voraus; je mehr es davon gibt, umso stärker kann die Aussage individualisiert werden¹³⁸. Je akzentuierter dann eine Individualität ist, desto grösser wird der Schutzbereich¹³⁹.

136. Dies ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 URG.

Vgl. auch Siegwart, S. 46.

Wittmer (S. 91) charakterisiert die Besonderheiten des wissenschaftlichen Schaffens wie folgt: "Den Schwerpunkt der geistigen Leistung bildet nicht wie bei künstlerischen Werken die Phantasie, welche im Unterbewusstsein wirkt und Erinnerungsbilder umformt und neue Bilder schafft, sondern die Sachkunde, welche sich aufgrund der Verbindung von Vorgegebenem und den vom Schöpfer dazugegebenen individuellen Anlagen und Fähigkeiten in der Entwicklung und Logik der Gedankenführung, in der Darstellung, Auswahl oder Anordnung manifestiert."

137. Vgl. Siegwart, S. 50, und den BGH-Entscheid "Staatsexamensarbeit" (UFITA Bd. 92 [1982], S. 149).

138. In vielen Bereichen geht das wissenschaftliche Werk auch nahtlos ins eigentliche literarische über; vgl. Siegwart, S. 45.

139. Vgl. Ulmer, S. 139.

4.3.2. Charakteristika der freien Benutzung

Die Gestaltungsvarianten haben eine grosse Bedeutung für die Qualifikation der Benutzung, weil die Bestimmung der eigenartigen Züge in Original und Benutzung immer auf diese ausgerichtet sein muss. Je geringer nämlich deren Zahl, desto weniger ausgeprägt ist die Eigenart des Originals. Und je kleiner die Möglichkeit des individuellen Ausdrucks, je weniger ausgeprägt ein Original ist, umso leichter ist mit der Umformung freie Benutzung gegeben.

Die Frage nach der Benutzungsart wird relevant, wenn ein Benutzer nicht nur dieselbe Erkenntnis wie ein anderer Wissenschaftler ausdrückt, sondern darüber hinaus sich auch dessen individueller Ausdrucksformen bedient, obwohl ihm andere zur Verfügung stehen würden. Dabei sind sowohl die eigentlichen Mitteilungsformen (sprachlicher Ausdruck, bildliche Darstellung) zu berücksichtigen, wie auch der Aufbau der zur Diskussion stehenden Werke. Je nach der Art der zur Beurteilung vorliegenden Schöpfungen sind die Charakteristika verschieden. Ist beispielsweise der Aufbau eines kartographischen Werkes durch die nicht schützbares Landschaftsvermessung gemeinfrei, kann also nur in den eigentlichen Mitteilungsformen (Farbwahl, Felszeichnung etc.) Werkcharakter haben, so ist bei den meisten übrigen Werken neben den Ausdrucksformen auch der Aufbau geschützt. Freie Benutzung kann in jedem Fall nur dort gegeben sein, wo alle individuellen Formen durch die Umarbeitung zum Verblässen gebracht werden. Dabei ist bezüglich des individuellen Aufbaus mit einer Gesamtbetrachtung zu arbeiten¹⁴⁰, während

140. Eine Benutzung wird nicht dadurch zum selbständigen Werk im Sinne von Art. 15 URG, dass das Original lediglich durch das Weglassen einzelner Teile verändert wird: Hubmann, S. 106, und der "Stadtplan"-Entscheid des BGH (GRUR 67. Jg. [1965], S. 47f.).

es bei den individuellen Ausdruckselementen auf die Werkanalyse ankommt¹⁴¹.

4.3.3. Beispiel aus der Praxis

Der wohl instruktivste Entscheid betreffend Benutzungen wissenschaftlicher Werke ist das bereits mehrfach erwähnte Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Bern¹⁴². Es war zu befinden, ob mit einem Stadtplan von Bern das Urheberrecht an einem anderen (Original-)Werk verletzt wurde¹⁴³. -- Nach den Darlegungen, was für Elemente von kartographischen Werken überhaupt schutzfähig sind, stellt das Gericht die beiden Pläne einander gegenüber und prüft genau, inwiefern die für das Originalwerk charakteristischen Merkmale auch in der Benutzung wiederzuerkennen sind und in welcher Intensität. So erstreckt sich der Vergleich auf das Format, den Massstab, das Suchernetz, die Vereinfachungen, die Generalisierungen (wie die zusammenfassende Darstellung von Häusergruppen), die Beschriftung, die Darstellung der Hausnummern und die Gestaltung der Monumentalgebäude. Aufgrund dieses Vergleiches kommt das Gericht zum Schluss, dass die Frage einer Urheberrechtsverletzung bejaht werden müsse, womit also die Vorfrage (nach der Benutzungsart) stillschweigend beantwortet war.

141. Siehe § 4 Kap. 2.

142. ZBJV, 114. Jg. (1978), S. 282ff.

143. Siehe zu diesem Problemkreis BGE 59 II 401ff. (Zürcher Stadtplan) und BGE 103 Ib 327f. E 3 (Wanderkarte Grindelwald) sowie den analogen Entscheid aus der deutschen Rechtsprechung (BGH) in GRUR 67. Jg. (1965), S. 45ff. (Stadtplan).
Vgl. auch Ulmer, S. 139, und Hubmann, S. 106.

4.3.4. Die Benutzung einer editio princeps

Die editio princeps als rechtlich relevantes Phänomen beschäftigt die Lehre offenbar mehr als die Gerichte; deshalb werden die folgenden Ausführungen summarisch gehalten. -- Unter einer editio princeps ist die Herausgabe fremder, bisher unveröffentlichter und urheberrechtlich nicht mehr geschützter Werke zu verstehen¹⁴⁴. Ihre Erscheinungsformen reichen von den tale-quale (eventuell faksimilierten)¹⁴⁵ Ausgaben über textkritische bis hin zu wissenschaftlich kommentierenden Werken¹⁴⁶. Da mit solchen Herausgaben unter Umständen bedeutende geistige Leistungen verbunden sind, stellt sich die Frage, ob sie urheberrechtlich¹⁴⁷ schutzbar sind. Nach heute überwiegend vertretener Lehrmeinung wird dies für die eigentliche Tätigkeit des Herausgebens verneint¹⁴⁸, dagegen für das wissenschaftliche Beiwerk bejaht¹⁴⁹.

Wenn die bei der Herausgabe eines fremden Werkes erbrachte Leistung urheberrechtlich nicht geschützt wird, so ist die eigentliche editio princeps von jedermann frei nutzbar. Anders präsentiert sich die Lage jedoch, wenn auch der beigegebene wissenschaftliche Apparat benutzt wird. Ist dieser urheberrechtlich geschützt, so muss nach den für das wissenschaftliche Werk geltenden Grundsätzen geprüft werden,

144. Troller/Troller, S. 80, Merten, S. 32, und Schelbert, S. 10.

145. Die meisten der heute auf den Markt kommenden Faksimileausgaben betreffen Werke, die keine editio princeps darstellen, da diese Werke schon veröffentlicht waren.

146. Vgl. Merten, S. 19ff., und Siegwart, S. 57.

147. Die Schweiz kennt keinen Leistungsschutz. Vgl. für die Situation im bundesdeutschen Recht: Hubmann, S. 269. Für die Möglichkeit des Wettbewerbsschutzes siehe Merten, S. 155ff.

148. Ulmer, S. 135, Merten, S. 116ff., Schelbert, S. 10.

149. Vgl. Merten, S. 154.

in welchem Grad der Abhängigkeit das benutzende Beiwerk als ganzes und in seinen geschützten Teilen zum ursprünglichen Beiwerk steht. Es ist dabei insbesondere zu beachten, inwieweit die herausgegebene Schrift ergänzende wissenschaftliche Aussagen in einer ganz bestimmten Form aufdrängt. In diesen Fällen ist der urheberrechtliche Schutz zu versagen. Dort, wo Möglichkeiten offen stehen, auf verschiedene Art und Weise das Werk zu kommentieren, bleibt der allgemeine Grundsatz zu berücksichtigen, dass die rein wissenschaftliche Erkenntnis nicht schutzbar ist. Wenn der herausgegebene Text eine bestimmte Gliederung des wissenschaftlichen Beiwerkes geradezu aufdrängt, hat dies bei dessen Umformung zur Folge, dass die Benutzung leicht als selbständiges Werk erscheint und damit als frei zu qualifizieren ist.

4.4. Benutzungen von choreographischen Werken und Pantomimen¹⁵⁰

Urheberrechtlich geschützt sind auch Gebärdenspiele, Tänze und Ballette¹⁵¹. Das Charakteristikum solcher choreographischer Werke besteht im Ausdrucksmittel der Körperbewegungen und Gebärden¹⁵². Der urheberrechtliche Schutz tritt dann ein, wenn mit diesen Mitteln eine gedankliche Vorstellung zum Ausdruck gebracht wird. Schutzbar ist mit anderen Worten die Kombination von einzelnen Bewegungselementen¹⁵³. Sehr häufig wird auf diese Weise eine Fabel zum Ausdruck

150. Mit identischer Umschreibung in Art. 2 Abs. 1 RBUE.

Das URG/BRD verwendet die Umschreibung "pantomimische Werke einschliesslich der Werke der Tanzkunst" (§ 2 Abs. 1 Ziffer 3).

151. Hubmann, S. 101.

152. Hubmann, S. 101.

153. So wie in der Sprache das einzelne Wort, sind im Tanz bestimmte Gesten, Gebärden oder Schritte nicht schutzfähig.

gebracht. Für diese Fälle ist die Zuordnung der choreographischen Werke zu den Werken der Literatur durchaus gerechtfertigt, deren Merkmal¹⁵⁴ ja darin besteht, dass etwas begrifflich Fassbares zum Ausdruck gebracht wird. Auch wenn viele Choreographien diesem Erfordernis genügen, so stellt es eine zu einseitig auf die Systematik ausgerichtete Auslegung dar, die Choreographie, mit welcher keine Fabel zum Ausdruck gebracht wird, vom Schutz auszuschliessen. Eine Choreographie muss auch dann urheberrechtlich schützbar sein, wenn sie keine eigentliche "Story" hat, sofern nur mit der Anlage der Bewegungsabläufe und der Kombination der Bewegungselemente eine gedankliche Vorstellung schöpferischer Natur mitgeteilt wird.

Für die Qualifikation der Benutzung eines choreographischen Werkes oder einer Pantomime müssen die zur Diskussion stehenden Werke einander nach den allgemeinen Regeln gegenübergestellt werden. Dabei kann freie Benutzung nicht vorliegen, wenn das Original mit anderen tänzerischen Mitteln zum Ausdruck gebracht wird, die Anlage der Bewegungsabläufe aber in beiden Werken noch deutlich erkennbar dieselbe ist¹⁵⁵. Freie Benutzung ist nur möglich, wenn zwar eine Anlehnung an die Bewegungsabläufe der Originals stattfindet, diese aber in der Gesamtkonzeption ein anderes Gewicht erhalten und dadurch verblassen.

154. Siehe Art. 1 Abs. 2 URG.

155. Siehe dazu den BGH-Entscheid "Eisrevue II" in GRUR 62. Jg. (1960), S. 606ff., mit dem amtlichen Leitsatz a): "Es stellt keine zulässige 'freie Benutzung' eines dramatisch-musikalischen Werks im Sinne des § 13 LUG dar, wenn dieses Werk oder wesentliche Teile aus ihm im Rahmen einer sog. Eisrevue unter Verwendung des Ausdrucksmittels des Kunsteistanzes aufgeführt werden." (§ 13 LUG ist in § 2 Kap. 3.1.1. wiedergegeben.)

4.5. Benutzungen im Bereich des Filmschaffens

4.5.1. Der Begriff des Filmwerkes

Mit den kinematographischen Werken (Art. 1 Abs. 2 URG¹⁵⁶) werden eine ganze Reihe von Filmtypen geschützt: Spiel-, Lehr-, Dokumentar-, Natur-, Kultur-, Werbe- oder Zeichentrickfilme. Auch der Film ist nur geschützt, wenn er eine eigenartige Schöpfung darstellt¹⁵⁷. Diese Werkart ist die wohl komplizierteste überhaupt¹⁵⁸. Im kinematographischen Werk fliesst eine Vielzahl von schöpferischen und interpretatorischen Leistungen zusammen. Sie werden zum Teil direkt optisch oder akustisch wahrnehmbar (wie zum Beispiel die Musik), zum Teil treten sie nur indirekt in Erscheinung (wie die Leistung des Kameramannes oder des Cutters¹⁵⁹). Im Zusammenhang mit der Benutzung ist nicht auf diese komplexen, insbesondere die subjektive Seite berührenden Fragen einzugehen, sondern auf die sich auf objektiver Seite ergebenden Probleme bei Benutzungsfragen.

156. Siehe auch Art. 2 Abs. 1 RBUE.

157. Gemäss Art. 1 Abs. 2 URG sind "kinematographisch oder durch ein verwandtes Verfahren festgehaltene ... Handlungen" geschützt. Unter den "verwandten Verfahren" hat man insbesondere die Aufzeichnungen auf Magnetbänder und Bildplatten zu verstehen. Diesem Begriff werden auch Live-Verfahren und Tonbildschauen subsumiert.

158. Siehe Hubmann, S. 170ff.

159. Für Einzelheiten siehe die Arbeit von Bohr und die dort zitierte Literatur.

4.5.2. Die Verfilmung

4.5.2.1. Die Verfilmung eines literarischen Stoffes

Mit dem Medium Film kann die einem vorbestehenden Sprachwerk (dem sogenannten Stoffwerk¹⁶⁰) entnommene Fabel (oder Story) in eine ganz neue Mitteilungsform gebracht werden. Dazu werden die im Original beschriebenen Handlungen und Begebenheiten mittels optischen und akustischen Formen konkretisiert. Auch wenn das Stoffwerk dadurch ein wesentlich anderes Erscheinungsbild erhält, so wird es doch in seinen charakteristischen Zügen wiedergegeben. Es droht somit die Gefahr, dass es von Unbefugten durch die Verfilmung ausgewertet wird. Schon bald nach dem Aufkommen des Films ist denn auch erkannt worden, dass die Herrschaft über ein Sprachwerk solange ungenügend ist, als die Benutzungsform der Verfilmung nicht mit eingeschlossen wird¹⁶¹.

Die Verfilmung gehört daher zu jenen Benutzungsformen, die in vielen Urheberrechtsgesetzen ausdrücklich erwähnt und als unfrei qualifiziert werden. So legt Art. 13 Abs. 1 Ziffer 3 URG¹⁶² fest, dass das Wiedergaberecht die Befugnis in sich schliesst, "das Werk mittelst der Kinematographie oder eines verwandten Verfahrens wiederzugeben"¹⁶³. Damit hat also der Urheber das Recht, über die Wiedergabe seiner Schöpfung in einem Film zu befinden. Der Film seinerseits

160. Hubmann, S. 130.

161. Diese Entwicklung beschreibt Streicher, S. 9ff.

162. Siehe auch Art. 14 RBÜe und § 12 Abs. 2 Ziffer 6 LUG (wiedergegeben in § 2 Kap. 3.1.1.).

Wenn die Verfilmung in § 23 URG/BRD ausdrücklich erwähnt wird, so deshalb, weil sie einer besonderen Regelung unterworfen ist; siehe § 2 Kap. 3.1.2.

163. Zum Begriff der "verwandten Verfahren" siehe FN 157 zu § 5. Siehe auch die analoge Norm der RBÜe: Art. 14 Abs. 5.

wird als "eigenartiges Werk" (Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG) geschützt.

Die Verfilmung eines literarischen Werkes ist ein komplizierter Schöpfungsvorgang¹⁶⁴, der meist über verschiedene Stufen abläuft. Dabei wird in aller Regel aus der literarischen Vorlage zuerst das Filmexposé mit den zentralen Verfilmungsideen gestaltet. Daraus wird das Treatment mit genauen Angaben über den Verfilmungsablauf hergestellt. Aus dem Treatment geht das eigentliche Drehbuch, die Basis des Filmwerkes, hervor¹⁶⁵. Bei der Ausarbeitung aller dieser Zwischenstufen finden Umformungen statt. Während das Gesetz die Umsetzung des Stoffwerkes in den Film nur generell als Bearbeitung qualifiziert, wird in der Lehre auch die Frage diskutiert, von welcher urheberrechtlichen Tragweite alle die oben beschriebenen Stufen sind. Ueberwiegend wird dabei die Meinung vertreten¹⁶⁶, alle Umsetzungen seien als Bearbeitungen (Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG) zu qualifizieren und damit urheberrechtlich zu schützen¹⁶⁷. Die Erstellung des Drehbuches wird aber nicht mehr als Bearbeitung angesehen, sondern der Drehbuchautor wird als Miturheber des Films betrachtet¹⁶⁸.

Es gilt hier zu fragen, ob es nicht auch "Verfilmungen" literarischer Werke gibt, die trotz des Wortlautes von Art.

164. Dazu im einzelnen Streicher, S. 71ff.

165. Nach herrschender Lehre wird der Urheber des vorbestehenden Werkes dadurch nicht Miturheber des Films.

166. Siehe dazu Streicher, S. 71ff., oder Bohr, S. 9ff.

167. Siehe etwa Elster, S. 364, oder Bohr, S. 129ff.

168. Nach heute herrschender Auffassung wird der Filmregisseur gemäss Art. 4 URG geschützt. Demgegenüber erhält der Theaterregisseur keinen urheberrechtlichen Schutz.

13 Abs. 1 Ziffer 3 URG als freie Benutzungen zu qualifizieren sind. Entsprechende Umformungen sind durchaus denkbar. Damit die literarische Vorlage aber zum selbständigen Werk wird, dient sie nur als Vorlage für weiteres Schaffen oder die Umarbeitung geht weit über das hinaus, was es für die Umsetzung in die Ausdrucksformen des Films braucht¹⁶⁹. Negativ ausgedrückt liegt freie Benutzung nicht vor, wenn der im Original dargestellte Handlungsablauf nur mit filmischen Mitteln ausgedrückt wird: In solchen Fällen dominiert über alle Zwischenstufen der Verfilmung die Wiedergabe des vorgegebenen Originalwerkes¹⁷⁰.

4.5.2.2. Verfilmungen nicht-literarischer Werke

Das Medium Film erlaubt neben der Benutzung literarischer Werke auch die umgestaltete Wiedergabe von Schöpfungen aus den übrigen Schaffensbereichen¹⁷¹. So können urheberrechtlich geschützte Interieurs, Tafelbilder oder Gebrauchsgegenstände verwendet werden; in sehr vielen Filmen spielt auch Musik eine Rolle¹⁷².

Nun sind aber die meisten Verfilmungen nicht-literarischer Werke im Rahmen der vorliegenden Problematik insoweit ohne Bedeutung, als für den Einbau in den Film keine Umarbeitung stattfindet¹⁷³. In aller Regel werden die nicht-literarischen Werke in ihrer originalen Form genutzt. Demgegenüber ist bei der Verfilmung literarischer Werke die eigentliche Werknutzung selten; zu denken ist etwa an Filmaufnah-

169. Vgl. Nehmiz, S. 68f.; Wipf, S. 80.

170. Vgl. Staehle, S. 542ff.

171. Gemäss Art. 13 Abs. 1 Ziffer 3 URG ist auch der Urheber nicht-literarischer Werke gegen Verfilmungen seiner Schöpfung geschützt.

172. Hubmann, S. 110ff.

173. Trotzdem spricht man auch in solchen Fällen von "Verfilmungen"; Hubmann, S. 110; Brugger, S. 101ff.

men mit fixer Kamera von Theateraufführungen oder von Gedichtrezitationen.

Werden ausnahmsweise auch nicht-literarische Werke einer besonderen Umformung unterzogen, um sie ins Filmwerk einzubauen, so ergeben sich für die Frage nach der Benutzungsart keine Besonderheiten. Vielmehr müssen auch hier Originalwerk und Benutzung einander gegenübergestellt werden; nach den allgemeinen Regeln ist zu entscheiden, ob eine Wiedergabe oder ein selbständiges Werk (im Sinne von Art. 13 beziehungsweise Art. 15 URG) entstanden ist. -- Solche Umformungen finden sich am häufigsten im Bereich der Musik, wo bestehende Werke als Potpourris oder in neuer Instrumentierung in Filme oder Live-Shows integriert oder diesen "unterlegt" werden¹⁷⁴.

4.5.3. Die Benutzung eines Filmwerkes¹⁷⁵

Geschützt wird im Film die Art, wie ein Handlungsablauf ins Bild gesetzt wird¹⁷⁶. Schutzvoraussetzung ist auch hier, dass eine gedankliche Vorstellung mittels individueller Formen ausgedrückt wird¹⁷⁷. -- Das Filmwerk ist auf viele Arten benutzbar. So kann die Benutzung auf das Original als Ganzes Bezug nehmen (beispielsweise bei der Synchronisation) oder daraus nur Teile wiedergeben, sei dies ein Abschnitt aus dem Film oder ein verselbständigtes Einzelwerk

174. Brugger, S. 112ff.

175. Es ist hier also vom Filmschutz (im Gegensatz zum vorn beschriebenen Verfilmungsschutz) die Rede.

176. Statt vieler: Hubmann, S. 108ff.

177. Dies trifft nicht zu, wenn irgendwelche Abläufe ohne gestalterische Leistung mitgefilmt werden, wie bei sehr vielen Sportsendungen. Vgl. dazu auch Ulmer, S. 155 und hier insbesondere den Leistungsschutz der BRD für Sendeunternehmen.

(wie etwa ein einzelnes Foto oder die Filmmusik). Auch kann die Benutzung selbst ein Film oder ein Werk einer anderen Schaffenskategorie sein (wie etwa ein Sprachwerk¹⁷⁸ oder ein Werk der bildenden Kunst).

Die allgemeinen Regeln befolgend müssen Original und Benutzung miteinander verglichen werden. Bei der Synchronisation liegt immer unfreie Benutzung vor. Obwohl sich der Benutzer sehr eng an das Original anlehnt, stellt die neue Werkform eine Bearbeitung und keine Aenderung dar, weil ein gewisser Raum für schöpferische Gestaltung besteht¹⁷⁹. Auch bei den übrigen Bezugnahmen auf das Filmwerk ist auf die Nähe der Anlehnung abzustellen. Dies gilt insbesondere in jenen Fällen, wo der "literarische" Inhalt eines Films benutzt wird. Und wird eine Einzelschöpfung (wie die Musik oder ein einzelnes Bild) umgestaltet wiedergegeben, so hat die Gegenüberstellung von Original und Benutzung unabhängig vom Filmwerk zu erfolgen; die Qualifikation richtet sich dabei nach den Besonderheiten der jeweiligen Werkkategorie¹⁸⁰.

178. Elster, S. 365ff., und Ulmer, S. 154.

179. Siehe § 5 Kap. 4.2.2.

180. Sutermeister, S. 46f.

5. Die Grenzbestimmung im musikalischen Schaffen

5.1. Das musikalische Werk

Im Falle des musikalischen Werkes (Art. 1 Abs. 2 URG)¹⁸¹ verzichtet das Gesetz auf eine Exemplifikation¹⁸² und überlässt die nähere Bestimmung Lehre und Rechtsprechung. Gemäss ersterer sind in nicht abschliessender Aufzählung etwa folgende Typen dem Begriff des musikalischen Werkes zu subsumieren: Lieder, Schlager, Kantaten, Instrumentalstücke, Improvisationen¹⁸³, Sonaten, Opern, Messen, Symphonien und auch kleine Münzen wie beispielsweise Signale¹⁸⁴ oder die in elektronischen Medien verwendeten Werbesongs.

Kann beim literarischen Werk mehr oder weniger exakt ein Inhalt ausgemacht und gegen die eigentliche Mitteilungsform abgegrenzt werden, so ist diese Unterscheidung beim musikalischen Werk praktisch nicht möglich. Die musikalische Schöpfung ist ganz von der tonlichen Form geprägt. Hat der Komponist damit eine gedankliche Vorstellung inhaltlicher Natur zum Ausdruck bringen wollen (wie bei der sogenannten

181. In Art. 2 Abs. 1 RBUE ist von "musikalischen Kompositionen mit oder ohne Text" die Rede, in Art. 1 Abs. 2 VEURG von "Werken der Musik" und in Art. I WUA von "musikalischen Werken".

182. Siehe demgegenüber die exemplifizierende Aufzählung der literarischen Werke in Art. 1 Abs. 2 URG (resp. Art. 2 Abs. 1 RBUE) und der Werke der bildenden Kunst in Art. 1 Abs. 2 URG (resp. Art. 2 Abs. 1 RBUE).

183. Hubmann, S. 100.

Gemäss Art. 1 Abs. 3 URG ist die Festlegung eines musikalischen Werkes für seine Schutzfähigkeit nicht erforderlich; dies ist insbesondere für Jazz-Improvisationen bedeutsam.

184. Dazu ist etwa der vielzitierte Zapfenstreich zu zählen. Die Schutzfähigkeit der Signale ist in der Literatur umstritten. Für den Schutz treten grundsätzlich Ulmer (S. 142) und Brün (S. 20f.) ein, während ihn Hubmann (S. 101) generell ablehnt. Vgl. auch Wolpert, S. 812f.

Programmmusik), so ist dieser Inhalt für einen Hörer kaum beschreibbar, da er ganz im Tongefüge aufgeht. Dies wirkt sich bei der Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung dahingehend aus, dass sich der Schutz nur aus dem Tongebilde selbst und nicht aus inhaltlichen Elementen ergibt¹⁸⁵.

Die grosse Masse dessen, was heute an musikalischen Werken geschaffen und auf den Markt gebracht wird, gehört der sogenannten U-Musik an¹⁸⁶. Sie ist in aller Regel nach den traditionellen und daher vertrauten Gesetzen von Melodik, Harmonik und Rhythmik komponiert¹⁸⁷, was die Beantwortung von Fragen um die Schutzzfähigkeit erleichtert. Mit Ausnahme kleiner Münzen bestehen in diesem Bereich denn auch kaum Streitfragen um die urheberrechtliche Schutzzfähigkeit. Demgegenüber geben viele Kompositionen aus dem Bereich der E-Musik und gewisser Jazz-Richtungen grosse Probleme für die Subsumtion unter den Werkbegriff auf. Einige Komponisten haben derart neue Aufzeichnungs- und Ausdrucksformen kreiert, dass Fragen der urheberrechtlichen Schutzzfähigkeit nicht mehr in den traditionellen Harmoniebegriffen beantwortet werden können. Dies gilt insbesondere für Werke aus dem Bereich der Zwölfton- und der seriellen Musik¹⁸⁸. Auf diese Problematik ist hier nicht einzugehen, da die schutzbare Individualität als gegebene Grösse angenommen wird.

Wenn sich die Musik in früheren Jahren in ihren Ausdrucksmitteln auf eigentliche Instrumente und die menschliche

185. Vgl. Baumann, S. 10f.

186. Kritisch zum Unterschied von U- und E-Musik: Riedel, S. 132ff.

187. Vgl. Baumann, S. 28ff.

188. Weissstanner, S. 5ff. und 41ff.; Schenk, S. 95ff.

Stimme beschränkt sah¹⁸⁹, so werden heute Werke vielfach mittels anderer Klangquellen geformt. Im aktuellen Werkschaffen werden von Vogelstimmen bis zu Bahnsignalen alle nur denkbaren Klangquellen in Musikwerke eingebaut. Nach Auffassung der Lehre sind solche Gebilde schützbar, sofern sie individuellen Charakter haben¹⁹⁰. Gemäss den allgemeinen Grundsätzen ist ein Tongebilde nicht nur als einheitliches Werk, sondern auch in all seinen (individuellen) Teilen geschützt. Das gilt sowohl für Abschnitte des ausgestalteten Werkes, wie etwa einen einzelnen Satz, als auch für einzelne Elemente des Tonsatzes, wie die Melodie oder das Motiv¹⁹¹. Bedingung für den urheberrechtlichen Schutz der Werkteile ist eine gewisse Selbständigkeit und Geschlossenheit: Die Teile selbst müssen Werkcharakter haben¹⁹². Nicht schützbar sind auch hier bestimmte Stilrichtungen und die Ausdrucksformen des Gemeingutes.

5.2. Das Kriterium freier Benutzung

Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung im Bereich des musikalischen Schaffens wird weitgehend von den Fragen um den Melodienschutz geprägt. Von ausschlaggebender Bedeutung für die Diskussion in den verschiedenen Staaten ist, ob sich die jeweiligen Gesetzgeber für den starren oder den relativen Melodienschutz entschieden haben. Der starre

189. Ulmer, S. 142f.

190. Zu beachten ist aber, dass der Gebrauch dieser Klangquellen im Urheberrecht nicht monopolisierbar ist; geschützt wird vielmehr der konkrete schöpferische Ausdruck mittels dieser Klangquellen. Vgl. Riedel, S. 192.

191. Es ist gesagt worden (Baumann, S. 86f.), dass sich das Motiv zum Musikwerk verhalte wie das Wort zum Satz. Im Gegensatz zum Wort gibt es aber Motive, die Werkcharakter haben und damit urheberrechtlichen Schutz beanspruchen können. Zum Schutz des musikalischen Motivs siehe Brün, insbesondere S. 19, und Wolpert, S. 802.

192. Baumann, S. 45ff.

(oder absolute) Schutz stammt aus Frankreich¹⁹³. Gemäss Lehre und Rechtsprechung gilt hier jedes Werk als unfreie Benutzung, in dem ein Original erkennbar wiedergegeben wird. Deutschland führte mit seinem LUG von 1901¹⁹⁴ den starren Schutz für die Melodie ein, während in den übrigen Schaffensbereichen der relative Schutz galt. Obwohl die Lehre die Sonderbehandlung des musikalischen Werkes teilweise heftig kritisierte¹⁹⁵, hielt die BRD in ihrem URG von 1965 daran fest. -- Die Schweiz bekennt sich im URG demgegenüber zum relativen Melodienschutz. Der entsprechenden Ueberzeugung hatte BGE 33 II 433ff.¹⁹⁶ zum Durchbruch verholfen¹⁹⁷. Für Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz bedeutet dies, dass Erkenntnisse der Doktrin und allfällige "Präzedenzfälle" aus den beiden Nachbarländern nur beschränkt auf die sich im schweizerischen Recht stellenden Fragen (um musikalische Werke) angewendet werden können.

Die Unterschiede der beiden Systeme vermag am besten eine Gegenüberstellung der betreffenden Normen des bundesdeutschen und des schweizerischen URG zu veranschaulichen. Nach der allgemeinen Norm betreffend die freie Benutzung (§ 24 Abs. 1 URG/BRD)¹⁹⁸ hält § 24 Abs. 2 fest:

"Absatz 1 gilt nicht für die Benutzung eines Werkes der Musik, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird."

Zwar erfährt die Melodie auch im schweizerischen Recht eine

193. Baumann, S. 53f.

194. Siehe § 2 Kap. 3.1.1.

195. Siehe etwa Peter, S. 67ff.

196. Wie in FN 25 zu § 2 nachzulesen ist, verweist die bundesrätliche Botschaft zum URG expressis verbis auf diesen Entscheid.

197. Zur Entwicklung in der Schweiz siehe Baumann, S. 62ff. Unklar ist Troller (Brennpunkte), S. 61f.

198. Siehe den Wortlaut dieser Norm in § 2 Kap. 3.1.2.

besondere Erwähnung (Art. 15 URG):

"Das Urheberrecht an einem musikalischen Werk erstreckt sich nicht auf die Benutzung der Melodien, sofern dadurch ein neues selbständiges Werk geschaffen wird."

Wie bereits dargelegt¹⁹⁹, erfolgte diese Sondererwähnung jedoch nur mit dem Zweck des eindeutigen Bekenntnisses zum relativen Melodienschutz. Demnach gilt die Melodie (wie alle schützbaeren Werke) als frei benutzt, sofern mit ihrer Umformung ein "neues selbständiges Werk" entstanden ist. Dies ist beim starren Melodienschutz nicht möglich, da alle in der Benutzung noch erkennbaeren Entnahmen als unfrei qualifiziert werden.

Was die rein technische Seite der Abgrenzung anbetrifft, so scheint diese beim starren Melodienschutz einfacher zu sein. Doch trägt der Schein insofern, als hier das Problem verlagert wird, indem es nun zu bestimmen gilt, was unter den Begriffen "Melodie"²⁰⁰, "erkennbar"²⁰¹ und "zugrunde legen" zu verstehen ist. Diese Fragen stellen sich im relativen Melodienschutz nicht, weil die Melodie genau gleich wie jeder andere Werkteil behandelt wird und insbesondere nicht von anderen schützbaeren Elementen des Tonwerkes abzu-

199. Siehe § 2 Kap. 1.1.1.1.

200. Viele Autoren halten es für unmöglich, die Melodie exakt zu definieren; siehe etwa Brün, S. 12. — Umstritten ist insbesondere die Frage, ob die Bestimmung des § 24 Abs. 2 URG/BRD nur auf die eigentliche Melodie anzuwenden ist (Peter, S. 67) und Motive sowie Themen nicht darunter zu subsumieren sind (Hubmann, S. 181f.) oder ob "Melodie" umfassend zu verstehen ist und für jede individuelle Tonreihe steht (Wolpert, insbesondere S. 776; zum Motivschutz siehe die Zusammenstellung auf S. 802).
Siehe auch Samson, S. 100ff., oder Kuner, S. 159ff.

201. Bei der "Erkennbarkeit" ist insbesondere zu fragen, für wen die Melodie noch erkennbar sein muss, ob für den Laien oder den Fachmann; vgl. dazu Allfeld, S. 179, Wolpert, S. 816ff., Pauli, S. 17ff., von Gamm, N 19 zu § 24, oder Möhring/Nicolini, N 6ff. zu § 24.

grenzen ist. Ausschlaggebend ist hier einzig, ob ein bestimmtes Werk oder ein Werkteil (handle es sich dabei nun um das Thema, das Motiv oder die Melodie) durch die Umarbeitung zum selbständigen Werk geworden ist. So kann unter dem relativen Melodienschutz eine Benutzung auch dann als frei qualifiziert werden, wenn die Originalmelodie zwar noch erkennbar übernommen, in ihren individuellen Zügen durch die Umformung aber verblasst ist.

Es wird vielfach die Befürchtung geäußert²⁰², der relative Melodienschutz bewirke einen Tummelplatz für Plagiatoren. Dies ist jedoch keineswegs zutreffend. Es braucht eine ganz wesentliche Umformung, damit die Benutzung ein "neues selbständiges Werk" (Art. 15 URG) darstellt. In dieser Gestalt tritt sie in weite Distanz zum Originalwerk, so dass auch die objektiv schützenswerten Interessen des Originalurhebers nicht mehr tangiert werden.

Gerade im Bereich der Musik dürfte es dem Laien oft schwerfallen, sich ein Urteil darüber zu bilden, ob freie oder unfreie Benutzung vorliegt. Bereits eine geringfügige Aenderung, verbunden mit neuen Interpreten und neuen Instrumenten täuscht ihn leicht darüber hinweg, dass Original und Benutzung praktisch gleich sind. Daher spielt die Ansicht des Fachmannes eine grosse Rolle. -- Angesichts der hohen Zahl hergestellter Benutzungen ist es bemerkenswert, wie selten es im Bereich der Musik zu Verfahren wegen streitiger Benutzungen kommt. Offenbar entstehen solche Differenzen in der Kulturwirtschaft gar nicht, oder dann werden sie im Schosse der Verwertungsgesellschaften ausgetragen und gelangen nicht an die Oeffentlichkeit.

202. So etwa von Weiss, S. 63.

5.3. Beispiele freier und unfreier Benutzungen

Im modernen Kulturbetrieb finden sehr häufig Bezugnahmen auf andere Musikwerke statt, und zwar vor allem im Bereich der U-Musik. Dabei besteht eine unüberblickbar breite Palette von Benutzungsformen, wobei sich sehr viele in Gruppen zusammenfassen und als Typen beschreiben lassen. Eine ganze Reihe zeichnet sich dadurch aus, dass das Original nach festen Regeln -- also rein schematisch -- umgestaltet wird²⁰³. Dies ist etwa bei Transkriptionen (Umarbeitungen für andere Instrumente), Transpositionen (Uebertragungen in andere Tonarten und Stimmlagen) oder Klavierauszügen der Fall²⁰⁴. Trotz Umformung bleibt die Relation der Töne untereinander praktisch unverändert; der Benutzer bringt das Original zwar in eine andere Form, es bleibt ihm aber kein Spielraum, eine eigene gedankliche Vorstellung auszudrücken. Da der Benutzer nicht schöpferisch tätig wird, ist

203. Baumann, S. 144f.; Riedel, S. 168.

204. Die SUIISA (Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke) führt in ihrem Verteilungsreglement (von 1982) eine ganze Reihe von Benutzungen an, die sie nur als Aenderungen, nicht als Bearbeitungen behandelt. Es heisst unter Ziffer 1.1.3.5. Abs. 2:

"Keine Bearbeitungen sind:

- Herausgaben für den praktischen Gebrauch, die sich beschränken auf: Hinzufügen von dynamischen oder agogischen Bezeichnungen, Anbringen von Phrasierungszeichen, Eintragen von Fingersätzen, Registrierungen für Orgel oder andere Tasteninstrumente, Verzierungen, Uebertragungen einer alten Notationsart in die heute gebräuchliche, Berichtigungen von Schreibfehlern der Originalvorlage und ähnliche Verrichtungen;
- Uebertragungen in eine andere Tonart oder Stimmlage (Transpositionen);
- Weglassen einzelner Stimmen;
- Austauschen oder Verdoppeln von Stimmen;
- Hinzufügungen von blossen Parallelstimmen;
- Zuweisungen von bestehenden Stimmen an andere Instrumente (einfache Transkriptionen)."

die Benutzung als Aenderung zu qualifizieren²⁰⁵. Nimmt er sich eine gewisse Freiheit und gestaltet das Original im Zusammenhang mit oben erwähnten Umarbeitungen auch noch in schöpferischer Art um, so gibt er doch die wesentlichen Züge wieder und schafft damit eine Bearbeitung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG. Eine freie Benutzung ist nicht möglich; sie käme nur dort in Frage, wo die erwähnten Benutzungsformen völlig atypisch verwendet werden und eine so weitgehende Umformung vorgenommen wird, dass ein selbstständiges Werk entsteht.

Im musikalischen Schaffen haben die sogenannten Arrangements²⁰⁶ eine sehr grosse Bedeutung; dabei handelt es sich allerdings um einen Benutzungstyp, der nur unpräzise definiert ist. Viele Musikwerke werden nicht von einer einzigen Orchesterformation, sondern durch ganz verschiedene Gruppierungen mit unterschiedlichen Instrumenten vorgetragen. So sind beispielsweise die vielen Erfolgsstücke der Beatles nicht nur von "klassischen" Beat-Band-Formationen, sondern auch von Handorgeltrios, Big Bands und ganzen Symphonieorchestern gespielt worden. Zum Zwecke der Interpretierbarkeit der Musikwerke durch andere Orchesterformationen müssen die Stücke umgearbeitet (arrangiert) werden. Soll das Original beispielsweise von Gruppierungen mit anderen Instrumenten wiedergegeben werden, so sind Transkriptionen vorzunehmen; kommen weitere Instrumente dazu, so werden für diese Harmonisierungen geschaffen. Unter Umständen wird

205. Häufig kommen auch sog. cover-versions auf den Markt. Dies sind aber keine Benutzungen im Sinne von umgestalteten Wiedergaben, da hier nur das identische Stück neu auf einen Tonträger gebracht wird, wobei die Pressung oft die gleiche ist oder allenfalls eine Anpassung an die neusten Möglichkeiten der Technik stattfindet. Nimmt der Tontechniker Umformungen vor, so sind sie in der Regel nicht-schöpferisch und daher auch gemäss Art. 4 Abs. 1 URG nicht schützbar.

206. So bezeichnet in der RBUE (Art. 12); das URG verwendet diesen Ausdruck nicht.

auch eine Reduktion um einzelne Stimmen oder Instrumente nötig, oder es sind für andere Stimmlagen Transpositionen erforderlich. Da diese einzelnen Möglichkeiten der Umarbeitung in der Praxis meist miteinander kombiniert werden, hat der Benutzer²⁰⁷ einen beträchtlichen Spielraum für eine schöpferische Entfaltung. Doch wird er das Original deutlich erkennbar übernehmen. Deshalb stellt das Arrangement im Regelfall eine Bearbeitung dar (Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG). Meist dürfte diese Qualifikation auch der Absicht des Benutzers entsprechen; er versucht ja gerade, das Original dem Zuhörer in Erinnerung zu rufen, um so an den wirtschaftlichen Erfolg dieses Werkes anzuknüpfen. Wegen der engen Anlehnung gibt es unter den eigentlichen Arrangements keine freien Benutzungen. Solche wären nur dann gegeben, wenn nicht nur eine Umarbeitung für andere Orchesterformationen stattfindet, sondern das Werk darüber hinaus in seinen charakteristischen Zügen so weit umgeformt wird, dass diese in der Benutzung verblassen.

Ein vielzitiertes Beispiel für den Typus einer Bearbeitung ist das Potpourri²⁰⁸. Es besteht aus einer Auswahl und Zusammenstellung²⁰⁹ von verschiedenen Melodien, ganzen Tonsätzen oder Teilen von solchen²¹⁰. Es sind Potpourris aus Werken sowohl eines wie mehrerer Urheber bekannt. So hört

207. Es ist in dieser Arbeit nicht näher auf die Probleme um den Komponisten (also das Subjekt) einzugehen. Im Zusammenhang mit den Benutzungen ist nur darauf hinzuweisen, dass je nach den konkreten Umständen auch Tontechniker an den Mischpulten zu Miturhebern oder ("unfreien") Benutzern werden können; siehe Knap, S. 285ff.

208. Synonymbezeichnungen sind Quodlibet und Medley.

209. Kaum je wird die in der Auswahl der Einzelteile erbrachte schöpferische Leistung ein solches Gewicht haben, dass das Potpourri auch als Sammelwerk (im Sinne von Art. 3 URG) geschützt werden könnte; siehe § 5 Kap. 2.1.

210. Baumann, S. 148.

man neben Zusammenstellungen bekannter Lennon/McCartney-Songs solche der beliebtesten Schlager eines Jahres. -- Wie bei fast allen Nutzungsformen gibt es hier völlig unterschiedlich starke Anlehnungen an das Original. Werden bei den einen die Einzelteile praktisch unverändert miteinander verbunden, so finden sich bei anderen lange Uebergänge, die vom Benutzer komponiert wurden; oder in vielen Potpourris werden die einzelnen Musikstücke nicht nur aneinandergereiht, sondern zugleich auch noch arrangiert. Damit ist gesagt, dass das Potpourri sowohl eine freie wie auch eine unfreie Benutzung sein kann. In der Regel lehnt sich der Benutzer aber stark an die Originalmelodie an, um diese dem Zuhörer in Erinnerung zu rufen. Dadurch entsteht typischerweise eine Bearbeitung (im Sinne von Art. 13 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG). Wie beim Arrangement stellt auch beim Potpourri die freie Benutzung einen seltenen Ausnahmefall dar²¹¹.

Die meisten der als Typen beschreibbaren Benutzungen haben die Eigenschaft, dass sie veränderte Wiedergaben im Sinne von Art. 13 Abs. 1 URG (also unfreie Benutzungen) darstellen. Die freien Benutzungen sind demgegenüber so vielgestaltig, dass sie sich nicht in Gruppen zusammenfassen lassen. Die Ausnahmen von dieser Regel sind mit der Variation²¹² und der ihr verwandten Improvisation gegeben. Diese sind zwar nicht ausschliesslich freie Benutzungen, haben aber immerhin die Tendenz, den Charakter eines selbständigen Werkes anzunehmen. -- In der Variation wird ein musikalisches Thema in verschiedener rhythmischer, harmonischer

211. Vgl. Baumann, 149.

212. Beispiele siehe bei Wolpert, S. 818ff. -- Dieser Autor weist auch darauf hin, dass die Variationen und Fantasien heute (für das Urheberrecht) völlig unaktuell seien, da wenig solche entstehen (S. 772).

und melodischer Ausgestaltung verarbeitet²¹³, und es eröffnet sich dem Benutzer in fast idealtypischer Art die Möglichkeit, sich nur ganz lose an das Vorgegebene anzulehnen und auf dieser Basis etwas völlig Eigenes zu gestalten²¹⁴. Im Gegensatz etwa zur Uebersetzung (im engeren Sinne) ist hier der Benutzer dem Werk in keiner Art verpflichtet²¹⁵; er hat es nicht in einer dem Original gerechten neuen Form auszudrücken, sondern er ist für seine Benutzung völlig frei. Trotzdem kann die Variation nicht ausnahmslos als freie Benutzung qualifiziert werden, wie das viele Autoren annehmen. Bleibt nämlich das übernommene Werk in der Benutzung dominant, so stellt die Variation auch kein selbständiges Werk dar²¹⁶. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Benutzer das Original im eigentlichen Sinne variiert, also ein Thema eines anderen Stückes übernimmt und daraus ein neues Werk gestaltet.

Alle nur denkbaren Abhängigkeitsverhältnisse zu einem Originalwerk kann die Improvisation einnehmen. Grundsätzlich bedeutet Improvisation Spielen aus dem Stegreif. Dabei kann sogar eine originale Schöpfung spontan entstehen. Meist basiert die Improvisation jedoch auf einem anderen Werk, bekannt vor allem in den Jazz-Improvisationen²¹⁷ und in der

213. Baumann, S. 152.

214. Gerade wegen der Variation ist in der deutschen Lehre Kritik am System des starren Melodienschutzes laut geworden; ein Grossteil der Autoren empfindet es als störend und mit den urheberrechtlichen Grundlagen unvereinbar, dass die Variation gemäss § 24 Abs. 2 URG (resp. § 13 Abs. 2 LUG) zwingend als unfreie Benutzung zu qualifizieren ist. Siehe statt vieler: Pauli, S. 22ff., und Peter, S. 72ff.; befürwortend Hubmann, S. 182, oder Schulze (Musik), S. 78.

215. Siehe § 5 Kap. 4.2.2.

216. Baumann, S. 152, Rothmund, S. 133f., Heuberger, S. 66, Rintelen, S. 80, oder Knapp, S. 83; differenzierend Riedel, S. 200f.

217. Vgl. Peter, S. 82.

Entwurfsmusik²¹⁸. Dabei sind alle Stufen und Intensitäten der Anlehnung möglich²¹⁹; in dieser weiten Spanne kann die Improvisation nicht einheitlich als freie oder unfreie Benutzung qualifiziert werden, sondern es ist immer auf den Einzelfall abzustellen. Freie Benutzung wird nur möglich sein, wo der Improvisator sich nicht einfach in einzelnen Passagen von der Vorlage löst, sondern im Laufe des Spieles ein weit darüber hinausgehendes selbständiges Werk entwickelt.

Für die Parodie sei auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen²²⁰, mit dem besonderen Vermerk, dass sich im Bereich der musikalischen Parodie häufig reine Stil- und Interpretenparodien finden, die urheberrechtlich nicht von Belang sind²²¹.

6. Die Grenzbestimmung in der "Kunst"

6.1. Die Werke der "Kunst"

Die urheberrechtlich schützbaeren Kunstwerke haben viele Gesichter. Das Gesetz²²² führt in einer nicht abgeschlossenen Aufzählung²²³ folgende Beispiele an: "Werke der zeichnenden

218. Die Entwurfsmusik zeichnet sich dadurch aus, dass der Komponist dem Interpreten eigentliche Spielräume zur persönlichen Entfaltung lässt; vgl. dazu Kummer (Werk), S. 162ff. und dort zitierte Literatur. Aehnliche Qualifikationsprobleme werden sich auch bei der neuen elektronischen Musik ergeben. Auch hier ist auf den Einzelfall abzustellen; vgl. Girth, S. 72.

219. Vgl. Peter, S. 82.

220. Siehe § 5 Kap. 3.1.

221. Zur musikalischen Parodie im besonderen: Baumann, S. 154, Schelbert, S. 61 und Peter, S. 69ff.

222. Art. 1 Abs. 2 URG; vgl. auch die fast gleichlautende Aufzählung in Art. 2 Abs. 1 RBÜe.

223. Dass es sich hier nur um eine beispielhafte Aufzählung handeln kann, deutet das Wörtchen "wie" in Art. 1 Abs. 2 URG an.

Kunst, der Malerei, der Bildhauerei, der Baukunst, der Holzschneidekunst, des Stiches, der Lithographie und der angewandten Kunst". Auch die Fotografien²²⁴ sind in diesem Zusammenhang anzuführen. – Ähnlich wie die "Literatur"²²⁵ zeichnet sich auch diese Gruppe geschützter Werke durch grosse Heterogenität aus; die ihr angehörnden Werkarten lassen sich schwerlich einem einzigen Begriff subsumieren. Zum Zwecke besserer Differenzierung wird in der Folge zwischen Benutzungen in den Bereichen "bildende Kunst" (Kap. 6.2.) und "andere Künste" (Kap. 6.3.) unterschieden. Ihr gemeinsames Charakteristikum finden alle diese Werke darin, dass der urheberrechtlich relevante Ausdruck durch das Mittel der Flächen- und Körpergestaltung²²⁶ erfolgt. Kunst ist also das Schaffen in Fläche und Raum²²⁷.

6.2. Der Bereich der bildenden Kunst

6.2.1. In der Benutzungsfrage relevante Besonderheiten

In der bildenden Kunst kommt besonders augenfällig zum Ausdruck, dass im künstlerischen Schaffen eine unterschiedlich starke Bezugnahme auf das in der realen Welt Vorgegebene möglich ist. Deutlich zeigt sich eine Spanne, die von der naturalistischen²²⁸ (praktisch fotografischen) Darstellung eines Gegenstandes bis hin zum völlig Abstrakten und Phantastischen reicht. -- Stellt ein Maler ein sehr exaktes Abbild des bereits so Vorfindbaren dar, so ist dies ein Grenzfall des urheberrechtlich schützbaeren Werkes; da der

224. Art. 2 URG und Art. 2 Abs. 1 RBUE.

225. Siehe § 5 Kap. 4.1.

226. Schelbert, S. 65.

227. Ulmer, S. 144.

228. "Naturalistisch" ist hier in einem technischen Sinne zu verstehen und beschränkt sich nicht auf die typische Ausdrucksweise des Naturalismus.

Künstler nur das Bestehende nachzeichnet und ohne eigentliche Umarbeitung wiedergibt, bleibt bei der (rein naturalistischen) Nachzeichnung kaum Raum für individuelle Formen. Da die Darstellung des Vorgegebenen nicht monopolisierbar ist, darf ein Benutzer dies (auch über ein anderes Werk) noch einmal nachzeichnen. So kann es beispielsweise nicht einem Einzelnen vorbehalten sein, Trachtenfiguren graphisch darzustellen. Ein Urheber, der solche zeichnet oder malt, ist nur soweit geschützt, als er für seine Figuren bestimmte Posen, einen charakteristischen Gesichtsausdruck oder einen besonderen Faltenwurf der Kleider festhält²²⁹. Individuelle Formen werden bei naturalistischen Darstellungen durch besondere Farb- und Formgebungen, Vereinfachungen oder Ergänzungen der Vorlage geschaffen²³⁰. Wegen des nur sehr geringen schöpferischen Raumes ist bei der eigentlichen Naturdarstellung aber schon bei relativ kleinen Abweichungen von der Vorlage ein "neues selbständiges Werk" (Art. 15 URG) gegeben.

Nun ist aber die bildende Kunst in den seltensten Fällen derart naturalistisch, dass die Individualität rein auf die

229. Siehe dazu BGE 60 II 62ff., insbesondere S. 72: "Le défendeur a fait valoir à cet égard qu'il n'avait eu recours ni à un calque, ni à d'autres moyens mécaniques, mais ces modes de reproduction ne sont pas les seuls qui soient interdits par la loi fédérale. Certes, un artiste peut s'inspirer de l'oeuvre d'un autre artiste, mais il n'a pas le droit de l'imiter servilement. Lorsque, comme en l'espèce, la contestation porte sur des dessins coloriés représentant des personnes en costume, il faudra donc, pour que le reproche de plagiat ne puisse pas être considéré comme fondé, qu'il existe entre les dessins des artistes des différences facilement appréciables de pose, d'attitude, d'expression d'agencement des habits."

230. Siehe dazu den Entscheid "Stadtwappen von Wil" des St. Gallischen Kantonsgerichtes (SJZ 59. Jg.[1963], S. 169ff. [Nr. 91]).

Farb- und Formgebung beschränkt ist. In der Regel bringt ein Künstler auch Phantasievorstellungen zum Ausdruck; er gibt also seinem Bild einen "Inhalt". Je stärker gedankliche Vorstellung in Formen und Farben umgesetzt wird, umso mehr erhält die Schöpfung auch einen schützbaren Inhalt²³¹. Bemerkenswerterweise verliert sich in der abstrakten Kunst die Möglichkeit aber wieder, in den Schutz auch inhaltliche Elemente einzubeziehen. Im abstrakten Schaffen tendiert die Schöpfung (wie beim rein naturalistisch erarbeiteten Werk) zur reinen Form- und Farbgebung.

6.2.2. Werk, Werkexemplar und Benutzung

Charakteristisch für die bildende Kunst ist eine ganz besonders enge Wechselbeziehung von (geistigem) Werk und dessen Ausdruck im Werkexemplar. Während ein Werk der Literatur oder der Musik so mitgeteilt werden kann, dass es in der körperhaften Welt gar nie fixiert wird, so ist dies im Bereich der bildenden Kunst kaum möglich²³². In der Regel entwickelt der Künstler die seinem Werk zugrunde liegende gedankliche Vorstellung nur im Zusammenspiel mit dem körperhaften Ausdrucksmittel. So lebt beispielsweise ein Oelgemälde gerade vom Glanz seiner Farben und der Dicke ihres Auftrages. Das Werk ist ohne seinen körperhaften Träger

231. Dass es unter Umständen sehr grosse Probleme mit sich bringt, den "Inhalt" eines Kunstwerkes zu beschreiben, veranschaulicht der BGH-Entscheid "Mecki-Igel I" (GRUR 60. Jg. [1958], S. 502). Das Gericht vergleicht mit einer Gesamtbetrachtung den Jackl mit dem Mecki-Igel und stellt fest, dass zum einen die Darstellung des gedrungenen Igels in menschlicher Gestalt schon vor Mecki gebräuchlich gewesen sei und sich zum andern "gerade in der die künstlerische Individualität bestimmenden Physiognomie erhebliche Unterschiede zeigen". Mecki sei ein pffiger, allen Situationen gewachsener Lebenskünstler von unerschütterlicher heiterer philosophischer Gemütsart (sic!), Jackl mehr ein Tolpatsch. Jackl sei daher eine erlaubte freie Benutzung von Mecki.

232. Siehe Art. 1 Abs. 3 URG.

nicht existent, und eine Zerstörung des Werkexemplares trifft auch das Werk als solches²³³. Trotz der intensiven Verschmelzung von Werk und Werkexemplar lässt sich aber ein geistiges Gebilde ausmachen. Wie jedes andere Werk kann dasjenige der bildenden Kunst verändert wiedergegeben, werden. Dabei ist auch hier die freie Benutzung dann gegeben, wenn die individuellen Züge des Originals verblassen²³⁴.

6.2.3. Benutzungsformen im Bereich der bildenden Kunst

Die Kunstgeschichte ist reich an Beispielen von Künstlern, die Werke anderer Meister kopierten, deren Bilder in einem neuen Stil wiedergaben oder sich in ihrem Schaffen von anderen Werken inspirieren liessen²³⁵. Ganze Generationen von Malern erlernten ihr Handwerk in Museen mit dem Kopieren von Werken Grosser Meister oder erfolgreicher Zeitgenossen. Der Kopist will sich möglichst nahe an das Original anlehnen; er nimmt also eine Wiedergabe (im Sinne von Art. 13 URG) vor. Wenn er das Werk ganz getreu wiedergibt, stellt seine Kopie grundsätzlich eine Werknutzung dar. Bei geringfügigen Abweichungen von der Vorlage liegt eine Aenderung im technischen Sinne vor. Als Bearbeitungen sind solche Kopien nur zu schützen, wenn der Benutzer mit der Wiedergabe schöpferisch tätig geworden ist. Ein "eigenartiges" Werk im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG liegt nur vor, wenn sich der Benutzer in der Farbwahl oder Formgestaltung eine gewisse Freiheit nimmt und sich vom Original distanziert.

233. Vgl. Baumann, S. 5f.

234. Beachte in Fällen der Selbstbenutzung Art. 9 Abs. 3 URG, wonach die Vermutung besteht, dass das Urheberrecht mit der Uebertragung des Eigentums am Werkexemplar nicht übergeht.

235. Diese Benutzungen werden oft als D'Après-Werke bezeichnet; siehe Hirsch Ballin, S. 196ff.

So hat etwa van Gogh Werke von Rembrandt und Millet kopiert. Zu erinnern ist hier daran, dass der Stil nicht schützbar ist. Es kann also niemandem benommen sein, eine bestimmte Strasse von Paris im impressionistischen Stil zu malen; siehe § 3 Kap. 2.3.

Analog sind auch jene Kopien von Bildern oder Statuen zu beurteilen, welche das Original in einer transformierten Form²³⁶ wiedergeben. Dies ist etwa der Fall bei der früher sehr verbreiteten Nachzeichnung berühmter Originale als Lithographie, als Stich, als anders dimensioniertes Werk, als Neufestlegung in anderem Material oder in anderer Grösse. In der Regel erfolgt die Transformation in getreuer Wiedergabe des Originals, und es findet keine darüber hinausgehende Umformung statt²³⁷. Deshalb stellen diese Formen unfreie Benutzungen dar, die unter die Werkherrschaft des Originalurhebers fallen (Art. 13 URG). Doch bestehen zwischen den verschiedenen Ausdruckstechniken im Bereich der bildenden Kunst doch wesentliche Unterschiede. Dies zwingt den Benutzer zu einer intensiven Auseinandersetzung mit dem Original und den Besonderheiten der neuen Ausdruckstechnik; es besteht ein Spielraum, in dem der Benutzer schöpferisch tätig werden kann. Deshalb ist die Transformation in eine andere künstlerische Ausdruckstechnik in aller Regel als Bearbeitung zu schützen (Art. 4 Abs. 1 Ziffer 2 URG)²³⁸.

6.3. Der Bereich der anderen Kunstformen

6.3.1. Benutzungen im Bereich der Fotografie

Gemäss Art. 2 URG²³⁹ stehen die Fotografien unter dem Schutz dieses Gesetzes. Auf die heute vieldiskutierten²⁴⁰

236. Siehe § 5 Kap. 3.2.

237. Hubmann, S. 180.

238. Vgl. Traub, insbesondere S. 163ff.

Siehe auch den Entscheid des OG des Kt. Zürich und die hier beschriebene Technik zur Herstellung eines Freskos (SJZ 40. Jg. [1944], S. 344ff. [Nr. 209]).

239. Siehe auch Art. 2 Abs. 1 RBÜ und Art. 1 Abs. 2 VEURG.

240. Kummer (Werk), S. 207ff., Lutz (Schutzumfang), S. 181f., Troller (Immaterialgüterrecht I), S. 387ff., sowie die Erläuterungen des Zürcher Obergerichtes in SJZ 68. Jg. (1972), S. 308ff. (Nr. 174).

Schutzvoraussetzungen dieser Werke ist hier nicht weiter einzutreten; der Werkcharakter eines bestimmten Objektes wird vielmehr als gegeben angenommen. Es sei an dieser Stelle nur auf die an sich offenkundige Besonderheit der Fotografie hingewiesen: Sie erlaubt eine exakte Wiedergabe eines vorgegebenen Objekts. Durch die Phantasie beeinflusste Darstellung des tatsächlich Bestehenden sind zwar durchaus denkbar, müssen jedoch durch "Verfremdungen" oder eine besondere Optik erzeugt werde. Wegen der relativ beschränkten Möglichkeiten, durch die Fotografie eine gedankliche Vorstellung in eine individuelle Form umzusetzen, ist dem Lichtbildwerk in der Regel ein eher kleiner Schutzzumfang eigen²⁴¹.

Die Lehre hat sich bis heute nur am Rande mit den Benutzungsphänomenen der Fotografie beschäftigt, und auch die Richter haben sich -- soweit ersichtlich -- kaum mit entsprechenden Fällen befassen müssen²⁴². Dies erstaunt insofern, als sich die Fotografie doch für vielfältige Verwendung in anderen Werken eignet, und zwar sowohl für eigentliche Werknutzungen (zum Beispiel Einfügung einer Fotografie in eine Collage) als auch für umgestaltete Wiedergaben (beispielsweise Fotomontagen).

Wird eine Originalfotografie in einem fotomechanischen Verfahren als Benutzung wiedergegeben, so bringt es die Natur dieser Technik mit sich, dass das Original auch in der Benutzung noch sehr deutlich in seinen individuellen Zügen erkennbar bleibt. Die Benutzung ist daher als unfrei zu qualifizieren. Die Umformung wird bei dieser Art der Wie-

241. Beachte in diesem Zusammenhang auch Art. 16 URG.

242. Siehe den besonders instruktiven (japanischen) Fotomontage-Entscheid in GRUR Int. 83. Jg. (1981), S. 698ff.

dergabe die deutliche Erkennbarkeit nur durch weitreichende Verfremdungseffekte aufheben können; verblassen dadurch die individuellen Züge des Originals, so wird die Form der freien Benutzung möglich.

Freie Benutzung von Fotografien ist bei jenen Umformungen häufiger, in denen das Original nicht in einem fotomechanischen Verfahren, sondern in einer anderen künstlerischen Technik wiedergegeben wird. So werden oft Tafelgemälde nach der Vorlage von Fotos hergestellt. Dabei ist allerdings unfreie Benutzung (der Fotografie) gegeben, wenn ein Diapositiv auf eine Leinwand projiziert und dort direkt in ein Gemälde transformiert wird²⁴³. Unfreie Benutzung liegt auch da vor, wo zwar nicht diese extreme Form gewählt wird, sich der Kunstmaler aber sonst sehr stark an die Vorlage einer Fotografie hält²⁴⁴. Wenn aber das neu entstandene Bild in seiner Aussage und in seinen Formen eigene Wege geht, kommt freie Benutzung in Frage.

Es sei noch auf die Benutzung mittels der Fotografie hingewiesen, bekannt vor allem durch die Abbildung von Kunstwerken. Auch hier wird das Vorgegebene deutlich erkennbar wiedergegeben. Nur in seltenen Fällen besteht die Möglichkeit, die Fotografie anderer Kunstwerke schöpferisch zu gestalten -- so etwa bei Objekten der räumlichen Kunst (Interieurs, Gebäude, Statuen), weniger hingegen bei in der Fläche ausgedehnter Kunst (Tafelbilder, Plakate). Kaum je ist die schöpferische Umgestaltung mittels Fotografie so gross, das damit das Original in seinen individuellen Zügen zum Verblassen gebracht wird. Die Fotografie eines anderen

243. Vischer (Tendenzen), S. 288.

244. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Graveur nach einer Fotografie eine Briefmarke gestaltet; siehe Louis Vaunois, *Lettre de France, Le Droit d'Auteur*, 77. Jg. (1964), S. 23f.

Kunstwerkes wird entweder als Aenderung oder (bei künstlerischer Gestaltung) als Bearbeitung geschützt²⁴⁵.

6.3.2. Die Benutzung architektonischer Werke

Mit Art. 1 Abs. 2 URG²⁴⁶ ist das Werk der Baukunst geschützt. Nach der Lehre ist dieser Begriff weit zu interpretieren und umfasst neben eigentlichen Hausbauten²⁴⁷ auch Inneneinrichtungen²⁴⁸, Garten- und Parkgestaltungen²⁴⁹, ja grundsätzlich sogar Ingenieurleistungen²⁵⁰. Geschützt wird die Ausformung einer konkreten raumformenden Vorstellung, die individuellen Charakter hat.

In der Baukunst bereitet die Bestimmung der individuellen Züge (respektive die Abgrenzung zum Gemeingut) Schwierigkeiten. Die allermeisten der in der Architektur verwendeten Elemente tragen nicht-individuelle Züge, sondern sie sind allgemein gebräuchlich²⁵¹. Das Schutzfähige in der Baukunst besteht vor allem in der Auswahl und der raumgestaltenden Anordnung von Elementen zu einem einheitlichen Ganzen. Wenn eine solche Raumformung in einem anderen Werk wiedergegeben wird, so ist zu prüfen, in welchem Ausmass Aenderungen vorgenommen wurden. Es ist in Fällen der Benutzung architektonischer Werke vor allem mit der Gesamtbe-

245. Beachte in diesem Zusammenhang auch die Bestimmung des Art. 30 Ziffer 3 URG.

246. Siehe auch Art. 2 Abs. 1 RBUE und Art. 1 Abs. 2 VEURG.

247. BGE 56 II 413ff. (Bauwerk) und 58 II 290ff. (Bankgebäude).

248. BGE 100 II 167ff. (Ladengestaltung) und Troller (Bauwerk), S. 39f.

249. Hubmann, S. 102; Kummer (Werk), S. 137.

250. Ulmer, S. 147; Hubmann, S. 104; Troller (Immaterialgüterrecht I), S. 385f.; a.M. Kummer, S. 134.

251. Vgl. den "Baupläne"-Entscheid des OLG Hamm (GRUR 69. Jg. [1967] S. 608ff.).

trachtung zu arbeiten, da die Analyse das Individuelle des Bauwerkes nicht offenzulegen vermag²⁵². Zeigt sich in einer dergestalt vorgenommenen Gegenüberstellung eine deutlich erkennbare Wiedergabe, so liegt unfreie Benutzung vor. Freie Benutzung ist gegeben, wenn der Benutzer das Vorbestehende im Eindruck und den Funktionen weitgehend verändert.

6.3.3. Die Benutzung von Werken der angewandten Kunst

Die Objekte angewandter Kunst können (als Gebrauchsmuster oder als Einzelobjekte) den Schutz des Urheberrechts erlangen. Dafür kommen in Frage: Geschirr, Vasen, Bestecke²⁵³, Möbel²⁵⁴, Lampen, Schmuck, Stoffe, Spielzeuge und so weiter²⁵⁵. Auch diese Werke müssen die allgemeinen urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen im Sinne konkreter Ausformung einer Individualität erfüllen (Art. 1 Abs. 2 URG)²⁵⁶.

Das Bundesgericht hatte sich relativ häufig mit Werken der angewandten Kunst zu beschäftigen²⁵⁷. Dabei waren jedoch nie Benutzungsfragen zu behandeln, sondern die eigentlichen Schutzvoraussetzungen stehen im Vordergrund²⁵⁸; breite Ausführungen erfahren dabei die Fragen, welche Objekte nur

252. Siehe Schulze BGHZ 268, S. 4f., und § 4 Kap. 4.2.

253. BGE 75 II 355ff. (Schwaben).

254. BGE 68 II 53ff. (Möbel).

255. Hubmann, S. 103, und Ulmer, S. 148.

256. Siehe auch Art. 2 Abs. 1 RBUE und Art. 1 Abs. 2 VEURG.

257. Auch in der Rechtsprechung der BRD sind Entscheide aus diesem Gebiet häufig; siehe statt vieler den "Stahlrohrstuhl"-Entscheid des BGH (GRUR 63. Jg. [1961], S. 635ff.).

258. BGE 68 II 53ff. (Möbel); BGE 75 II 355ff. (Schwaben); BGE 105 II 300ff. (Uhrenmodell); BGE 106 II 71ff. (Kasperlikopf).

nach dem MMG und welche zusätzlich auch nach URG schützbar sind²⁵⁹. Darauf ist aber hier nicht näher einzugehen.

Für die Qualifikation der Benutzungen gilt es zu beachten, dass diese Objekte ziemlich stark von ihrer Verwendungsfunktion vorbestimmt werden; meistens sind die Designer auch von einem bestimmten Stil oder einer Mode beeinflusst. Dies bewirkt, dass die Individualität in der Regel nicht sehr ausgeprägt und der Schutzzumfang gegen eine umgestaltete Wiedergabe relativ bescheiden ist. Eine Benutzung ist daher schon bei wenig weitgehender Umarbeitung als frei zu qualifizieren. Unfreie Benutzung ist da anzunehmen, wo die individuellen Züge des Originals auch im Rahmen der nicht geschützten Verwendungsfunktion und des konkreten Stils noch als deutlich wiedergegeben und nicht verblasst erscheinen.

259. Gemäss Art. 5 URG schliesst die Hinterlegung eines Gegenstandes als Muster den urheberrechtlichen Schutz nicht aus.
Siehe auch Art. 8 VEURG.

§ 6 Ergebnisse

- Benutzungen sind selbständig existierende Werke der Literatur und Kunst; ihre Besonderheit besteht darin, dass sie durch eine umgestaltete Wiedergabe von anderen Werken entstanden sind (S. 3f.).
- Die Qualifikation einer veränderten Wiedergabe als freie oder unfreie Benutzung wird nur da relevant, wo dem Originalwerk geschützte (individuelle) Elemente entnommen werden; Elemente des Gemeingutes dürfen immer benutzt werden (S. 5f. und 75f.).
- Weil der Benutzer in seiner Schöpfung das Original in dessen individuellen Zügen verwendet, prallt sein Schutzanspruch auf jenen des am Original Berechtigten (S. 8ff.).
- Der Schutz eines Werkes gegen eine umgestaltete Wiedergabe ist relativ. Er wird durch einen Vergleich zwischen den individuellen Zügen des Originals und der Benutzung bestimmt (S. 91f. und 103).
- Die Abgrenzungsproblematik ist dem Werkbegriff selbst immanent (S. 62f.). Aus der Sicht des am Original Berechtigten hat das Institut der freien Benutzung die Funktion einer Schutz Ausnahme (S. 79f.).
- Im schweizerischen Recht fallen gemäss Art. 13 Abs. 1 URG alle "veränderten Wiedergaben" (als unfreie Benutzungen) unter die Herrschaft des am Original Berechtigten. Benutzungen aber, die mit der Umformung zum "neuen selbständigen Werk" (Art. 15 URG) geworden sind, unterliegen (als freie Benutzungen) nicht mehr dessen Werkherrschaft (S. 15ff.).

- Das URG erwähnt das Kriterium für freie Benutzung ("neues selbständiges Werk") nur im Zusammenhang mit der Melodienbenutzung. Für diese Benutzungsart gilt dieses Bestimmungsmerkmal kraft geschriebener Norm, im Bereich des übrigen Kunstschaffens gemäss Lehre und Rechtsprechung (BGE 85 II 129; Sherlock Holmes) kraft ungeschriebener Norm (S. 19ff.).
- Das URG bekennt sich zum relativen Melodienschutz. Demgegenüber hat insbesondere die BRD das System des starren Schutzes (der Melodie) gewählt (S. 165ff.).
- Die im VEURG vorgesehene Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung unterscheidet sich wesentlich vom heute geltenden Recht. Jede Benutzung, die noch "erkennbar" dem Werk entnommene Elemente enthält, wäre als unfrei zu qualifizieren. Dies würde die freie Benutzung praktisch verunmöglichen (S. 34f. und 108ff.).
- Das Problem, ob freie oder unfreie Benutzung gegeben ist, stellt sich als Vorfrage; in der Praxis ist nur von Interesse, ob ein bestimmtes subjektives Recht verletzt worden ist (S. 10 und 89ff.).
- Die Frage nach der gegebenen Benutzungsart kann nur im konkreten Einzelfall entschieden werden. Zwar lassen sich Benutzungstypen beschreiben; deren Zuordnung zu den freien oder den unfreien Benutzungen ist aber nie abschliessend möglich (S. 113ff.).
- Für die Qualifikation müssen Original und Benutzung einander gegenübergestellt werden. In einem Vergleich der beiden Werke ist zu bestimmen, welche Elemente aus dem Original auch in der Benutzung wiedergeben und in welchem Mass sie umgestaltet worden sind (S. 91ff.).
- Nach objektiven Kriterien ist zu fragen, ob mit der Umformung ein "neues selbständiges Werk" entstanden ist, in dem die individuellen Züge des Originals verblassen (S. 99ff.).

- Massgebend für diesen Entscheid ist der Kenntnisstand des Durchschnittsfachmannes (S. 105ff.).
- Die Werkvergleichen bleibt als Methode unabhängig von verschiedenen Werkbegriffen, welche an die urheberrechtlich schützbarer Individualität unterschiedliche Kriterien anlegen (S. 103f.).

Lebenslauf

30. Januar 1952	geboren in Winterthur
1959 - 1965	Primarschule in Winterthur
1965 - 1971	Gymnasium in Winterthur (Matur Typus B)
1971 - 1976	Studium der Wirtschaftswissenschaften an der Hochschule St. Gallen (Richtung Wirtschaftsrecht), Lizentiat Herbst 1976
1976 - 1980	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich, Lizentiat Herbst 1980
1981 - 1982	Auditor und Sekretär am Bezirksgericht Winterthur
1982 - 1984	Tätigkeit als Wirtschaftsredaktor bei einer Nachrichtenagentur
seit August 1984	Mitarbeiter der SUISA

